Der Einspruchsgrund der unbilligen Härte nach § 84 Abs. 1 Ziff. 4 des Betriebsrätegesetzes.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Kurt Hausmann

Gerichtsreferendar aus Frankfurt a. M.

Marburg 1932

Druck von Weber & Weidemeyer in Kassel

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg angenommen am 19. März 1932.

Berichterstatter: Prof. Dr. Schulz-Schaeffer.

Mitberichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater

Schrifttum.

I. Kommentare, Lehrbücher und Einzelschriften.

Baumbach: Zivilprozeßordnung. 6. Aufl. 1931.

Brandt: Betriebsrätegesetz. 6. Aufl. 1922.

Dersch: Betriebsrätegesetz. 6. Aufl. 1923.
— Die neue Schlichtungsordnung nebst arbeitsgerichtlichem Verfahren. 1924.

Feig-Sitzler: Kommentar zum Betriebsrätegesetz. 11./12.Aufl.1928.

Flatow: Kommentar zum Betriebsrätegesetz. 12. Aufl. 1927.

Fuchs: Wichtige Gegenwartsfragen des Arbeitsrechts. 1925.

Gürteler: Betriebsrätegesetz.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. I. Bd., 2. Aufl. 1928.

Kaskel: Arbeitsrecht. 1928.

Kieschke-Syrup-Krause: Kommentar zum Betriebsrätegesetz. 6. Aufl. 1928.

Mansfeld: Kommentar zum Betriebsrätegesetz. 2. Aufl. 1928.

Wölbling-Schultz-Sell: Betriebsrätegesetz. 2. Aufl. 1929.

II. Aufsätze und Vorträge.

Bendix: in der Diskussion zu Herschels Vortrag, abgedruckt Arb.-Ger. 1930, 146.
— Was bedeutet „durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt"? Arbeitsrechtspraxis 1930, 33 ff.

Claus: Ist vorsorgliche Kündigung eine unbillige Härte? Arb.-R. u. Schl. 1930, 2 ff.

Erdel: Zur Aufhebung der §§ 12 und 13 der Einstellungs- und Entlassungsverordnung vom 12. 2. 1920. Gew.- u. Kfm.-Ger. 1929, 214 f.

Flatow: in der Diskussion zu Herschels Vortrag, abgedr. Arb.-Ger. 1930, 147.

Goerrig: Zum Begriff der unbilligen Härte des § 84 BRG. Arb.-R. 1922, 483 f.

Golm: Kündigungseinspruch wegen unrichtiger Auswahl der zu Entlassenden. Gew.- u. Kfm.-Ger. 29, 175 ff.

Grübel: Zum Begriff der unbilligen Härte, § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG., Bl. f. Arb.-R. 1928, Nr. 6.

Heine: Das Verhalten des Arbeitnehmers in Sachen des § 84 Ziff. 4 BRG., Arb.-Ger. 1929, 452.

Herschel: Unbillige Härte. Karte Entlassung in Stuttgarter Kartei (zit.: Kartei).

— Unbillige Härte. Vortrag, gehalten am 9. 2. 1930 auf der Landestagung des Arbeitsgerichtsverbandes für Rheinland und Westfalen. Abgedr. Arb.-Ger. 1930, 142 ff.

— Zum Begriff der unbilligen Härte. Arb.-Ger. 1928, 225 ff.

Hirsch: Erste Erfahrungen mit der neuen Schlichtungsordnung beim Kaufmannsgericht. Gew.- u. Kfm.-Ger. 29, 85 ff.

Jadesohn: Unbillige Härte. Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (zit.: N. Z. f. A.) 1931, 343 ff.

Kleeis: Betriebsstillegung durch Rationalisierung. Gew.-Ztg. 1927, 58 f.

Lange: Der Begriff der Härte im Sinn des § 84 Ziff. 4 des Betriebsrätegesetzes. Mbl. Schla. Bln. 1921, 196.

— Zur Auslegung der „unbilligen Härte" in § 84 Ziff. 4 Betriebsrätegesetz. Schli.-W. 1926, 33 ff.

— Die Einstellungs- und Kündigungsbeschränkungen des Betriebsrätegesetzes. N. Z. f. A. 1926, 81 f.

Mansfeld: Unbillige Härte, insbesondere Bedeutung der Klausel „durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt". N. Z. f. A. 1930, 289 ff.

— Der Zeitpunkt für die Beurteilung der „unbilligen Härte". Arb.-R. 1931, 261 ff.

— Die Beweislast im Einspruchsverfahren wegen unbilliger Härte. N. Z. f. A. 1931, 415 ff.

Mitteilung des Reichsarbeitsministeriums. Gew.-Ztg. 1924, 474.

Nikisch: Die vorsorgliche Kündigung. Schli.-W. 1927, 310 ff.

Oppermann: Anmerkung in J. W. 1928, 1761 ff.

Potthoff: Sozialrecht und Zivilrecht. Arb.-R. 1926, 311 ff.

— Arbeitnehmertausch statt Arbeitnehmerschutz? Arb.-R. 1930, 544 ff.

Pracht: Der Zeitpunkt für die Beurteilung der unbilligen Härte. Arb.-Ger. 1928, 125 f.

Priebe: Zum Begriff der „unbilligen Härte" im Sinn des § 84 I 4 Betriebsrätegesetz. Schli.-W. 1925, 43 f.

— Die unbillige Härte in § 84 I 4 Betriebsrätegesetz. Gew.- u. Kfm.-Ger. 31, 238 f.

Richter: Auf Bitten des Klägers verzögerte Zustellung der Einspruchsklage. N. Z. f. A. 1930, 341 ff.

Warncke: Unbillige Härte im Sinn des § 84 Ziff. 4 Betriebsrätegesetz. Neue Arbeitsrechtskartei.

— Übertarifliche Löhne und Gehälter. Schli.-W. 1929, 73 ff.

III. Entscheidungen veröffentlicht in folgenden Zeitschriften und Sammlungen:

Das Arbeitsrecht, „Gewerbe- und Kaufmannsgericht", Monatsschrift des Arbeitsgerichtsverbandes Berlin (zit.: Arb.-Ger.).

Arbeitsgerichtliche Entscheidungen (Verlag Carl Heymann, Berlin) (zit.: Arb.-G.-Entsch. Heym.).

Arbeitsrecht, herausgegeben von Potthoff (zit.: Arb.-R.).

Arbeitsrecht und Schlichtung, „Das Schlichtungswesen" (zit.: Arb.-R. u. Schl.).

Badische Rechtspraxis, Karlsruhe (zit.: Bad. Rpr.).

Betriebsrätezeitschrift für Funktionäre der Metallindustrie (zit.: B.-R.-Ztschr. Metallindustrie).

Blätter für Arbeitsrecht, Ständige Beilage zur deutschen Arbeitsgerichtszeitung (zit.: Bl. f. Arb.-R.).

Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, Verlag Bensheimer (zit.: Bensh. Slg.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zit.: RGZ.).

Gewerbe- und Kaufmannsgericht, jetzt: Das Arbeitsgericht, Monatsschrift des Verbandes deutscher Gewerbe- und Kaufmannsgerichte (zit.: Gew.- u. Kfm.-Ger.).

Gewerkschaftszeitung, Organ des Allgemeinen deutschen Gewerkschaftsbundes, Berlin (zit.: Gew.-Ztg.).

Hanseatische Gerichtszeitung. Das Arbeitsrecht (zit.: Hans. Ger.-Ztg. Arb.-R.).

Juristische Rundschau, Beilage: Höchstrichterliche Rechtsprechung (zit.: Jur. Rundsch.).

Juristische Wochenschrift (zit.: J. W.).

Kaufmann in Wirtschaft und Recht, Monatsschrift, begründet vom Deutschnationalen Handlungsgehilfenverband (zit.: Kfm. W. u. R.).

Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (zit.: L. Z.).

Materialblätter für Wirtschafts- und Sozialpolitik, herausgegeben vom Gewerkschaftsbund der Angestellten (zit.: Materialblätter).

Mitteilungsblatt des Schlichtungsausschusses Groß-Berlin (zit.: Mbl. Schla. Bln.).

Mitteilungsblatt der Schlichtungsausschüsse für den rheinisch-westfälischen Industriebezirk (zit.: Mbl. Schla. Rhein.-West. Ind.-Bez.).

Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, herausgegeben von der Vereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (zit.: Sammlung Vereinigung).

Das Schlichtungswesen, Monatsschrift für Arbeitsrecht u. Schlichtung (zit.: Schli.-W.).

Verzeichnis der Abkürzungen.

BRG. = Betriebsrätegesetz.

Gew.-Ger. = Gewerbegericht.

Schla. = Schlichtungsausschuß.

Arb.-G. = Arbeitsgericht.

LAG. = Landesarbeitsgericht.

Einteilung.

I. Einleitung.

§ 1. Geschichte und Bedeutung des § 84 I 4 BRG. 1

II. Allgemeiner Teil.

§ 2. Der Begriff der Härte in § 84 I 4 BRG. 5
§ 3. Der Begriff der Unbilligkeit in § 84 I 4 BRG. 10
§ 4. Die Auswahl bei Kündigungen 17
§ 5. Die Beweislast beim Einspruchsgrund der unbilligen Härte 21

III. Besonderer Teil.

§ 6. Das „Verhalten“ des Arbeitnehmers in § 84 I 4 BRG. . 26
§ 7. Die „Betriebsverhältnisse“ in § 84 I 4 BRG. 38
§ 8. Austauschverpflichtung unter mehreren Betrieben eines gleichen Unternehmens 47
§ 9. Der Zeitpunkt für die Beurteilung der unbilligen Härte . 50

I. Einleitung.

§ 1.

Geschichte und Bedeutung des § 84 I 4 BRG.

Mit dem Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 ist auch die völlig neue Bestimmung des Einspruchsrechtes des Arbeitnehmers bei Kündigungen in Kraft getreten. Das Kündigungsrecht des Arbeitgebers wird durch diese Bestimmungen unmittelbar nicht berührt. Durch das Einspruchsrecht soll aber der Arbeitnehmer gegen willkürliche und rücksichtslose Kündigungen geschützt werden. Von diesem Zweckgedanken des Einspruchsrechtes ist stets auszugehen, wenn es sich um die Auslegung eines Einspruchsgrundes, so hier des § 84 I 4 BRG., handelt.

Bevor nun auf die Entstehungsgeschichte des § 84 I 4 BRG. eingegangen wird, soll der Gang des Einspruchsverfahrens kurz betrachtet werden. Wenn einem Arbeitnehmer gekündigt wird, so muß er zunächst seinen Einspruch gegen die Kündigung bei der Betriebsvertretung geltend machen. Die Betriebsvertretung muß dann darüber entscheiden, ob der Einspruch des Arbeitnehmers zu Recht besteht oder nicht. Dieses Mitbestimmungsrecht der Betriebsvertretung bei Entlassungen ist eine ihrer wichtigsten Aufgaben, wie das auch in der Begründung zum Regierungsentwurf des BRG. hervorgehoben wird. Wenn die Betriebsvertretung den Einspruch des Arbeitnehmers für berechtigt hält, so hat sie mit dem Arbeitgeber über eine Zurücknahme der Kündigung zu verhandeln. Kommt hierbei eine Einigung nicht zustande, so kann die Betriebsvertretung oder der Arbeitnehmer eine Entscheidung des Gerichts über die Berechtigung der Kündigung herbeiführen.

Über die Einsprüche nach dem Betriebsrätegesetz entschieden zunächst bis 1926 die Schlichtungsausschüsse und die Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Mit dem Arbeitsgerichts-

gesetz vom 23. Dezember 1926 wurde diese Aufgabe in § 2 Ziff. 4 den neu geschaffenen Arbeitsgerichten übertragen.

Im Folgenden wird nun die Entstehungsgeschichte des hier behandelten § 84 I 4 BRG. zu betrachten sein.

Nach Angabe von Flatow[1]) liegt dem Einspruchsgrund des § 84 I 4 BRG. eine entsprechende Bestimmung aus einem Berliner Tarifvertrag vom April 1919 zugrunde. Der Regierungsentwurf ist nicht in seiner ursprünglichen Fassung Gesetz geworden, denn in § 40 Abs. 2 des Entwurfes war zwar der Einspruchsgrund der unbilligen Härte aufgeführt, jedoch nicht in seiner heutigen Gestalt. Es hieß dort, daß gegen jede Kündigung Einspruch erhoben werden könne, „wenn wichtige Gründe die Entlassung als gegen die berechtigten Interessen des Betriebs oder der Arbeitnehmerschaft des Betriebs verstoßend oder als eine unbillige, nicht durch die Verhältnisse des Betriebs, insbesondere einen der Fälle des § 41 bedingte Härte gegen den Betroffenen erscheinen lassen". Bemerkenswert ist noch, daß nach dem Regierungsentwurf nur der Betriebsrat oder Betriebsausschuß Einspruch gegen eine Kündigung einlegen konnte. Nach der Fassung des Betriebsrätegesetzes kann nur der betroffene Arbeitnehmer Einspruch erheben, die Betriebsvertretung oder der Arbeitnehmer können dann den Einspruch weiter verfolgen. Hier zeigt sich, daß der kollektive Charakter des Einspruchsrechtes im geltenden Recht zurückgedrängt wurde, da nur der einzelne Arbeitnehmer und nicht die Betriebsvertretung den Einspruch erheben kann.

Wenn man die Fülle der Abhandlungen über den § 84 I 4 BRG. übersieht, so zeigt sich schon bei dieser Betrachtung, daß diese Bestimmung für das Arbeitsrecht eine besondere Bedeutung haben muß. Den gleichen Eindruck gewinnt man bei Durchsicht der zahlreichen Entscheidungen über Einspruchsklagen wegen unbilliger Härte. Über einzelne Fragen der Auslegung des § 84 I 4 BRG. herrscht lebhafter Streit, der nicht nur auf die wissenschaftliche Erörterung beschränkt geblieben ist. Auch in der öffentlichen Meinung, insbesondere in den Zeitschriften der verschiedensten Gewerkschaften werden die Einspruchsgründe gegen Kündigungen und vor allem der Einspruchsgrund wegen unbilliger Härte oft besprochen. Das ist auch wohl zu verstehen; gerade in der Zeit der wirtschaftlichen Notlage Deutschlands und der großen Arbeitslosigkeit ist

[1]) Komm. § 84 I 4 Anm. 12.

der Entlassungsschutz, den das Betriebsrätegesetz gewährt, von besonderer Wichtigkeit.

Der Einspruchsgrund der unbilligen Härte ist nur einer von den vier in § 84 BRG. aufgeführten Einspruchsgründen, aber bei weitem der wichtigste. Den anderen Einspruchsgründen des § 84 BRG. kommt daneben nur eine sehr geringe Bedeutung zu. Die Einspruchsgründe des § 84 I 1 bis 3 BRG. greifen nämlich nur ganz bestimmte Fälle von ungerechten Kündigungen heraus. Nach § 84 I 1 BRG. ist der Einspruch dann möglich, wenn der begründete Verdacht einer Maßregelung besteht. § 84 I 2 BRG. läßt den Einspruch dann zu, wenn die Kündigung ohne Angabe von Gründen erfolgt ist, während § 84 I 3 BRG. den Einspruch dann vorsieht, wenn die Kündigung erfolgt ist, weil sich der Arbeitnehmer weigerte, dauernd andere Arbeit als die bei der Einstellung vereinbarte zu verrichten.

Ganz anders ist demgegenüber die Fassung des § 84 I 4 BRG. Danach kann der Arbeitnehmer gegen die Kündigung seines Vertragsverhältnisses Einspruch erheben, wenn die Kündigung sich als eine unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellt. Diese Bestimmung erscheint gegenüber den anderen Einspruchsgründen als eine Generalklausel, weil sich mit diesem Einspruchsgrund der Arbeitnehmer gegen jede sozial zu mißbilligende Kündigung wehren kann. Lange[1]) führt daher in richtiger Erkenntnis dieses Sachverhalts aus, daß man die übrigen Einspruchsgründe bedenkenlos streichen könne, wenn man den Einspruchsgrund der unbilligen Härte beibehalte. De lege ferenda wird wohl auch in Erwägung zu ziehen sein, ob nicht der Tatbestand der unbilligen Härte als alleiniger Einspruchsgrund gegen Kündigungen ausreicht, denn auch die anderen Einspruchsgründe werden von dem Einspruchsgrund der unbilligen Härte mitumfaßt.

Der Begriff „unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte“ läßt nun der Auslegung einen weiten Spielraum. Man wird nicht verkennen dürfen, daß letzten Endes die besonderen Umstände des einzelnen Falles entscheidend sind. Man wird daher für die Auslegung dieses Begriffes nur Grundregeln finden können, die jedoch nicht schematisch angewandt werden dürfen. Unter diesem Gesichtspunkt bleibt es die Aufgabe der Arbeits-

[1]) N. Z. f. A. 1926, 87.

gerichte und Landesarbeitsgerichte, einheitliche Grundsätze für die Beurteilung von Einspruchsklagen herauszuarbeiten. Einspruchsklagen wegen unbilliger Härte sind nicht revisionsfähig (Arbeitsgerichtsgesetz § 72 in Verbindung mit § 2 Ziff. 4), sodaß Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts über diese Frage nicht vorliegen. Aus diesem Grund sind die Landesarbeitsgerichte als letzte Instanz besonders berufen, den Einspruchsgrund der unbilligen Härte in rechtlicher und tatsächlicher Beziehung weiter zu klären.

Das Ziel, das der Arbeitnehmer mit der Einspruchsklage wegen unbilliger Härte verfolgt, ist in erster Linie die Weiterbeschäftigung. Hält das Gericht den Einspruch für gerechtfertigt, so wird der Arbeitgeber gemäß § 87 BRG. zur Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers verurteilt und für den Fall, daß er die Weiterbeschäftigung ablehnt, wird ihm eine Entschädigungspflicht auferlegt. Dieses Verfahren entspricht auch dem Aufbau und Sinn des Betriebsrätegesetzes. Wie schon einleitend hervorgehoben wurde, sollen die Arbeitnehmer durch den § 84 I 4 BRG. gegen willkürliche und rücksichtslose Entlassungen geschützt werden. Der Gedanke der Betriebsgemeinschaft soll damit verwirklicht werden, der Arbeitnehmer soll möglichst lange bei seinem Betrieb bleiben und jedenfalls nicht ohne triftigen Grund entlassen werden können. Mit der Vertragsfreiheit wäre es aber schlecht vereinbar, den Arbeitgeber in solchen Fällen bedingungslos zur Weiterbeschäftigung zu verurteilen, deshalb wird im Urteil auch die Möglichkeit der Zahlung einer Geldentschädigung gegeben. Es bleibt also dem Arbeitgeber im Falle der Verurteilung überlassen, ob er den Arbeitnehmer wiedereinstellen oder die vom Gericht festgesetzte Geldentschädigung zahlen will.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Bedeutung des Einspruchsgrundes der unbilligen Härte dahin geht, den Arbeitnehmer gegen willkürliche und rücksichtslose Kündigungen in Schutz zu nehmen und ihm seine Arbeitsstelle so lange wie möglich zu erhalten.

II. Allgemeiner Teil.

§ 2.

Der Begriff der Härte in § 84 I 4 BRG.

Bei einer Einspruchsklage auf Grund des § 84 I 4 BRG. wird das Gericht zunächst zu prüfen haben, ob sich die Kündigung überhaupt als Härte darstellt. Kommt das Gericht zu der Ansicht, daß die Kündigung keine Härte für den Betroffenen darstellt, so ist die Klage von vornherein hinfällig. Stellt dagegen die Kündigung eine Härte dar, so wird sich die Prüfung weiter darauf zu erstrecken haben, ob die Härte auch unbillig ist. Im Schrifttum und in der überwiegenden Zahl der Entscheidungen wird diese Unterscheidung nach „Härte" und „Unbilligkeit" auch durchgeführt. Nur bei Zerlegung des Einspruchsgrundes des § 84 I 4 BRG. in seine Bestandteile, nämlich „Härte" und „Unbilligkeit", wird es möglich sein, den Begriff der „unbilligen Härte" zu klären.

Der Begriff der Härte ist einer weiten Auslegung fähig. Der Arbeitnehmer, der gegen die Kündigung Einspruch erhebt, wird die Kündigung wohl immer als Härte empfinden. Der Arbeitgeber dagegen wird in zahlreichen Fällen eine ausgesprochene Kündigung nicht als hart bezeichnen. Die Aufgabe der Gerichte besteht nun darin, den Begriff der Härte zu klären. Ins Einzelne gehende Regeln werden sich hierfür nicht aufstellen lassen, denn dem richterlichen Ermessen dürfen nicht zu enge Schranken gezogen werden.

Eine Reihe von Schriftstellern, so Flatow[1]), Lange[2]), Mansfeld[3]) und Oppermann[4]), vertritt die Ansicht, daß jede Kündigung eine Härte für den Betroffenen bedeute. So bezeichnet Flatow jede Kündigung als eine Härte, selbst wenn sie in Zeiten guten Arbeitsmarktes den Übergang zu einer neuen Stelle nicht ausschließt. In folgerichtiger Entwicklung dieser Ansicht führt Mansfeld[5]) aus, daß der Gesetzgeber die

[1]) Komm. § 84 I 4 Anm. 12.
[2]) Mbl. Schla. Bln. 1921, 196.
[3]) Komm. § 84 I 4 Anm. d und N. Z. f. A. 1930, 290.
[4]) J. W. 1928, 1761.
[5]) N. Z. f. A. 1930, 290.

Fälle der Härte und Kündigung völlig gleichstelle. Der Sinn der Bestimmung des § 84 I 4 BRG. sei doch zweifellos der, daß die Kündigung, nicht aber die Härte durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder die Verhältnisse des Betriebes bedingt sein müsse, wenn das Einspruchsrecht versagen solle.

Nach dieser Auffassung würde sich jede Prüfung erübrigen, ob die Kündigung eine Härte für den betroffenen Arbeitnehmer bedeutet.

Demgegenüber muß nach der Ansicht von Herschel[1]), Brandt[2]) und Feig-Sitzler[3]) jede Kündigung auf das Vorliegen einer Härte geprüft werden. Sie heben hervor, daß eine Kündigung in Zeiten schlechter Arbeitsmarktlage in der Regel eine Härte sei. Nach ihrer Ansicht gibt es also auch Kündigungen, auf die das Tatbestandsmerkmal der Härte nicht zutrifft. Auch v. Scheven[4]) weist darauf hin, daß der Gedanke, ob überhaupt eine Härte bei der Kündigung vorliege, noch zu wenig beachtet sei.

Dieser Ansicht möchte ich mich anschließen. Es geht nicht an, jede Kündigung ohne nähere Prüfung als Härte zu bezeichnen. Zunächst spricht der Wortlaut des § 84 I 4 BRG. für diese Auffassung. Es ist in § 84 I 4 BRG. davon die Rede, daß die Kündigung sich als eine „Härte" darstellen müsse. Bei der von Mansfeld vertretenen Ansicht wird das Wort „Härte" in § 84 I 4 BRG. überflüssig. Wäre der Gesetzgeber der Ansicht gewesen, daß jede Kündigung eine Härte für den Betroffenen bedeute, so hätte er den Ausdruck „Härte" wohl vermieden. Es hätte dann wohl folgende Fassung des Gesetzestextes gewählt werden müssen: „Arbeitnehmer können Einspruch erheben, wenn eine unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder die Verhältnisse des Betriebes bedingte Kündigung vorliegt."

Auch die sprachliche Bedeutung des Wortes „Härte" spricht für die hier vertretene Ansicht. Man kann „Härte" und „Kündigung" nicht gleichsetzen. Das Wort „Kündigung" hat im Arbeitsrecht keine andere Bedeutung als auf anderen Rechtsgebieten; es wird wohl niemand behaupten, daß die Kündigung eines Vertragsverhältnisses immer eine Härte be-

---

[1]) Arb.-Ger. 1928, 227.
[2]) BRG. § 84 I 4 Anm. 9.
[3]) BRG. § 84 I 4 Anm. 8.
[4]) Hans. Ger.-Ztg. Arb.-R. 1925, 280 Anm.

deutet. Auch aus dieser Überlegung ergibt sich, daß nicht jede Kündigung von vornherein als Härte bezeichnet werden kann.

Bei der heutigen schlechten Wirtschaftslage und bei der großen Arbeitslosenzahl wird sich allerdings die weitaus größere Zahl aller Kündigungen als eine Härte darstellen. Von diesen Erwägungen darf man sich aber bei grundsätzlichen Erörterungen nicht leiten lassen. Diese Tatsachen dürfen erst bei der Prüfung des einzelnen Falles auf eine Härte berücksichtigt werden.

Wie einleitend bemerkt wurde, soll das Betriebsrätegesetz mit dem Entlassungsschutz in erster Linie dazu dienen, den einzelnen Arbeitnehmer mit seinem Betrieb fester verwachsen zu lassen. Von dieser richtigen Erkenntnis ausgehend, könnte man der hier vertretenen Auffassung entgegenhalten, die Kündigung sei deshalb stets eine Härte, weil der Arbeitnehmer durch die Kündigung aus dem Betrieb entfernt würde. Die Betriebsverbundenheit muß sicher bei der Prüfung der Kündigung auf eine etwaige Härte beachtet werden. Der Gedanke der Betriebsverbundenheit wird aber überspannt, wenn man, ohne die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, von vornherein jede Kündigung als Härte anspricht. Wenn z. B. ein Arbeitnehmer erst ganz kurze Zeit im Betrieb beschäftigt ist, so ist er mit dem Betrieb nicht verwachsen, sodaß man die Kündigung nicht als eine Härte bezeichnen kann.

Einige weitere Beispiele mögen das Gesagte noch erläutern. Zunächst soll ein Fall erörtert werden, der allerdings wohl selten vorkommt, der aber grundsätzlich von Bedeutung ist. Der Arbeitgeber kündigt einem Arbeitnehmer, weil er erfahren hat, daß diesem ein hoher Lotteriegewinn oder eine reiche Erbschaft zugefallen ist, sodaß er von den Erträgnissen gut leben kann. Bedeutet in diesem Fall die Kündigung eine Härte? Nach meiner Ansicht wird das Gericht diese Frage in der Regel verneinen müssen. Es soll aber auch hier noch einmal hervorgehoben werden, daß die besonderen Umstände des einzelnen Falles bei der Entscheidung stets zu berücksichtigen sind. Handelt es sich in diesem Fall z. B. um einen Arbeitnehmer, der schon lange Zeit im Betrieb tätig ist, so wird man die Kündigung, von dem Gedanken der Betriebsverbundenheit ausgehend, trotzdem als Härte bezeichnen müssen.

Auch in Zeiten guter Arbeitsmarktlage wird man unter Umständen eine Kündigung nicht als hart bezeichnen können. Allerdings muß es dann gewiß sein, daß der Arbeitnehmer

eine gleich gute und gut bezahlte Stellung findet. Man wird auch hier nur dann in der Kündigung eine Härte erblicken können, wenn der Arbeitnehmer schon lange Zeit im Betrieb beschäftigt war.

Die Kündigung von Zeitarbeitern und Aushilfsarbeitern wird sich in der Regel nicht als Härte darstellen, weil diese Arbeitnehmer von vornherein mit einer Kündigung rechnen müssen. Das LAG. Frankenthal[1]) hat in seiner Entscheidung vom 24. 1. 1928 ausgeführt, daß für solche Arbeitnehmer die Kündigung regelmäßig keine unbillige Härte bedeute. Richtiger wäre es allerdings gewesen, wenn das Gericht zuerst das Vorliegen einer Härte geprüft und diese Frage verneint hätte. Wenn einem Arbeitnehmer gleich bei der Einstellung gesagt wird, daß er nicht für lange Zeit eingestellt werde, sondern in absehbarer Zeit mit einer Kündigung rechnen müsse, so kann die Kündigung nicht als Härte angesehen werden.

Ein anderes Beispiel, das v. Scheven[2]) gebracht hat, soll noch angeführt werden. Ein Arbeitgeber kündigt seinen Arbeitnehmern zum Zweck der Abänderung von Vertragsbedingungen. Diese Änderungen sind nur ganz geringfügiger Natur. Es ist von Scheven zuzustimmen, wenn er ausführt, daß hier nicht selten das Einspruchsrecht daran scheitern müsse, daß überhaupt keine Härte vorliege.

Im Folgenden soll nun gezeigt werden, wie der Begriff der Härte nach meiner Ansicht auszulegen ist. Das Einspruchsrecht ist trotz seines kollektiven Einschlags ein Individualrecht des einzelnen Arbeitnehmers.[3]) Das zeigt sich einmal darin, daß der Entlassungsschutz, den das Betriebsrätegesetz gewährt, letzten Endes nicht der Belegschaft, sondern dem einzelnen Arbeitnehmer zugute kommt. Zum anderen geht es auch daraus hervor, daß nur der Arbeitnehmer, nicht aber die Belegschaft den Einspruch einlegen kann. Von dieser richtigen Erkenntnis ausgehend, könnte man zu der Ansicht kommen, die Prüfung der Kündigung auf eine etwaige Härte ganz auf den einzelnen Arbeitnehmer abzustellen und nur zu erwägen, ob die Kündigung von ihm als Härte empfunden wird. Diese Folgerung führt jedoch nicht zum richtigen Ergebnis; denn auch andere, außerhalb des persönlichen Empfindens des Arbeit-

[1]) Arb.-Ger. 1928, 115.
[2]) Hans. Ger.-Ztg. Arb.-R. 1925, 282 Anm.
[3]) So Hueck S. 315 und Kaskel S. 168.

nehmers liegende Momente, müssen bei der Prüfung, ob eine Härte in der Kündigung liegt, beachtet werden.

Bei der Auslegung des Begriffes der Härte muß zunächst die Fassung des Gesetzestextes berücksichtigt werden. Der Gesetzgeber spricht in § 84 I 4 BRG. nicht davon, daß dem Einspruch dann stattzugeben sei, wenn die Kündigung von dem Betroffenen als unbillige Härte empfunden werde. Es heißt vielmehr im Gesetz, daß Arbeitnehmer Einspruch gegen die Kündigung erheben können, wenn sich die Kündigung als eine unbillige . . . . . Härte darstellt. Auf die Eigenart dieser Ausdrucksweise hat wohl Bendix[1]) zuerst hingewiesen. Er führt aus, daß mit diesen Worten ein Appell an den Richter gerichtet sei, zu prüfen, wie sich die Kündigung sozialpolitisch darstellt.

Dieser Auffassung möchte ich auch für die Auslegung des Begriffes Härte beitreten. Man kann also nicht jede Kündigung als Härte bezeichnen, auch wenn sie der Betroffene als Härte empfindet. Es ist vielmehr zu fragen, ob sich die Kündigung sozialpolitisch als Härte darstellt. Die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers werden bei der Prüfung der Kündigung auf eine Härte an erster Stelle zu berücksichtigen sein. Hierbei werden auch das Lebensalter des Arbeitnehmers und die Dauer der Betriebszugehörigkeit als besonders wichtig in Rechnung zu stellen sein.

Das LAG. Leipzig[2]) hat am 19. 4. 1928 dahin entschieden, daß jede Kündigung eines älteren Angestellten für diesen eine Härte sei. Im gleichen Sinn haben auch das LAG. Leipzig[3]) am 19. 9. 1927 und das Arb.-Ger. Esslingen[4]) am 13. 4. 1928 entschieden. Im Ergebnis wird man diesen Entscheidungen zustimmen können. Selbstverständlich darf bei der Untersuchung, ob eine Härte vorliegt, nicht das Lebensalter allein entscheidend sein. Wenn z. B. ein alter Arbeitnehmer als Aushilfsarbeiter eingestellt wird, so kann in der Kündigung keine Härte lediglich mit Rücksicht auf das Lebensalter erblickt werden. Schließlich werden auch die allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere die jeweilige Arbeitsmarktlage, zu berücksichtigen sein, soweit sie die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers beeinflussen.

---

[1]) Arbeitsrechtspraxis 1930, 34.
[2]) Arb.-Ger.-Entsch. Heym. 3, 370.
[3]) Bensh. Slg. 1, 267.
[4]) Arb.-Ger. 1928, 357.

Als Ergebnis der Untersuchung ist daher zusammenfassend festzustellen, daß das Gericht sich in jedem Fall die Frage vorlegen muß, ob sich die Kündigung für den betroffenen Arbeitnehmer als Härte darstellt. Bei der Prüfung der Kündigung auf eine Härte sind die persönlichen Verhältnisse des Arbeitnehmers von ausschlaggebender Bedeutung.

§ 3.

Der Begriff der Unbilligkeit in § 84 I 4 BRG.

Wenn das Gericht geprüft hat, ob die Kündigung sich als eine Härte darstellt und diese Frage bejaht hat, so ist damit der Einspruch noch nicht gerechtfertigt. Im Gesetzestext heißt es nämlich weiter, die Kündigung müsse sich als eine unbillige, nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellen. Nur wenn diese weiteren Tatbestandsmerkmale auf die Kündigung zutreffen, wird der Arbeitgeber zur Weiterbeschäftigung oder Zahlung einer Geldentschädigung zu verurteilen sein.

Seit Geltung des Betriebsrätegesetzes haben sich die mit Einspruchsklagen befaßten Gerichte bemüht, den Begriff der unbilligen Härte zu klären. Leider finden sich in den Urteilsgründen selten Erwägungen über den Begriff der Unbilligkeit. In den meisten Fällen begnügen sich die Gerichte damit, bestimmte Tatbestände als eine offenbar „unbillige Härte" zu bezeichnen; dabei berücksichtigen die Gerichte vor allem die sozialen Verhältnisse.

Im Schrifttum ist nun seit kurzem um die Frage der Unbilligkeit der Härte einer Kündigung ein heftiger Streit entbrannt. Es ist wohl in der Hauptsache das Verdienst von Herschel, die wissenschaftliche Erörterung über diese Streitfrage in Fluß gebracht zu haben. Auf der Landestagung des Arbeitsgerichtsverbandes für Rheinland und Westfalen am 9. Februar 1930 hat Herschel ein Referat über „unbillige Härte" gehalten[1]), das lebhafte Erörterungen nach sich gezogen hat. Die wissenschaftliche Debatte über den Begriff der Unbilligkeit einer in der Kündigung liegenden Härte ist auch heute noch nicht abgeschlossen. Ich möchte es daher als verfrüht ansehen, wenn Mansfeld von der von ihm und anderen Arbeitsrechtlern vertretenen Auffassung bereits als von der „herr-

[1]) Abgedr. Arb.-Ger. 1930, 142 ff.

schenden Meinung" spricht.[1]) Verfrüht scheint diese Behauptung vor allen Dingen auch deshalb, weil die Arbeitsgerichte und vor allem die Landesarbeitsgerichte zu dieser Streitfrage noch zu wenig Stellung genommen haben.

Herschel[2]) hat das hier fragliche Problem ganz klar herausgestellt. Es fragt sich nämlich, ob § 84 I 4 BRG. eine sogenannte unechte Rechtsnorm ist, bei der die Entscheidung lediglich in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, oder aber ob der Gesetzgeber dem freien Ermessen Schranken gezogen und gewisse Grundsätze für die Auslegung aufgestellt hat.

Bei dieser Streitfrage stehen sich im wesentlichen zwei Ansichten gegenüber. Mansfeld[3]), Jadesohn[4]), Feig-Sitzler[5]) und Kieschke-Syrup-Krause[6]) vertreten die Ansicht, daß der Einspruch nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Härte 1. weder durch das Verhalten des Arbeitnehmers noch durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist und 2. eine unbillige ist. Flatow[7]), Herschel[8]), Potthoff[9]) und Warncke[10]) sind dagegen der Auffassung, daß das Wort „unbillig" in § 84 I 4 BRG. durch den Folgesatz: „nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt" erklärt wird. Nach ihrer Ansicht ist also die Härte immer dann unbillig, wenn sie weder durch das Verhalten des Arbeitnehmers noch durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist. Hueck scheint im Ergebnis der Lehre von Flatow und Herschel zuzustimmen.[11])

Dersch[12]), Brandt[13]) Gürteler[14]) und Wölbling-Schultz-Sell[15]) haben in ihren Kommentaren zum Betriebsrätegesetz zu dieser Streitfrage nicht ausdrücklich Stellung genommen. So

---

[1]) N. Z. f. A. 1931, 421.
[2]) Kartei I.
[3]) N. Z. f. A. 1930, 295.
[4]) N. Z. f. A. 1931, 343 ff.
[5]) Komm. § 84 I 4 Anm. 8.
[6]) Komm. § 84 I 4 Anm. 13.
[7]) Komm. § 84 I 4 Anm. 12.
[8]) Arb.-Ger. 1928, 227 und Kartei II.
[9]) Arb.-R. 1926, 313.
[10]) Neue Arbeitsrechtskartei, unbillige Härte.
[11]) S. 319.
[12]) Komm. § 84 I 4 Anm. 9.
[13]) Komm. § 84 I 4 3 c IV.
[14]) Komm. § 84 I 4.
[15]) Komm. § 84 I 4 Anm. 10.

sagt Dersch z. B., daß man das Vorliegen einer unbilligen Härte nach der Gesamtheit der Umstände beurteilen müsse.

Zunächst soll es nun die Aufgabe sein, die Auswirkung dieser beiden Theorien bei der praktischen Anwendung aufzuzeigen. Ist eine in der Kündigung liegende Härte durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt, so wird man in der Entscheidung sowohl bei Anwendung der einen wie auch der anderen Theorie zu dem gleichen Ergebnis kommen. Der Einspruch ist dann nicht gerechtfertigt.

Stellt das Gericht dagegen fest, daß weder das Verhalten des Arbeitnehmers noch die Betriebsverhältnisse die Härte der Kündigung bedingen, so können die beiden Theorien zu einem verschiedenen Ergebnis in der Entscheidung führen. Nach der Flatow - Herschel'schen Ansicht sind nämlich dann alle Voraussetzungen für den Einspruch gegeben, sodaß das Gericht unter allen Umständen der Klage stattgeben muß. Für soziale Erwägungen soll an dieser Stelle kein Raum mehr sein. Nach der von Mansfeld und den oben Genannten vertretenen Ansicht muß das Gericht aber weiter prüfen, ob die in der Kündigung liegende Härte auch eine unbillige ist. Wird diese Frage verneint, so versagt der Einspruchsgrund. Ist das Gericht dagegen die Ansicht, daß diese Härte auch unbillig ist, so wird dem Einspruch stattzugeben sein. Diese Betrachtungen zeigen deutlich, wie unterschiedlich sich die beiden Theorien in der Praxis auswirken können.

Im Folgenden wird nun zu den beiden Theorien im einzelnen Stellung zu nehmen sein. Flatow, Potthoff und Warncke begründen die von ihnen vertretene Ansicht allerdings nicht. So führt Flatow in seinem Kommentar lediglich aus, daß der Einspruch nur begründet sei, wenn die in der Kündigung liegende Härte unbillig, das heißt, nicht entweder durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder die Verhältnisse des Betriebes bedingt sei.

Erst Herschel[1]) hat der Lehre der Legaldefinition eine eingehende und überzeugende Begründung gegeben. Zunächst beruft sich Herschel auf die rein philologische Auslegung des umstrittenen Satzes.[2]) Zwischen „unbillig" und den dann folgenden Worten steht nämlich im Gesetzestext ein Komma. Herschel führt nun aus, daß dieses Satzzeichen doch überflüssig

[1]) Arb.-Ger. 1928, 225 ff.
[2]) Arb.-Ger. 1928, 227.

wäre, wenn die weiteren Worte nicht als Erklärung des Wortes „unbillig", sondern als selbständige Tatbestandsmerkmale gewertet werden sollen. Durch diesen Nachsatz solle offenbar das Wort „unbillig" erläutert werden. Jadesohn[1]) hält diese Argumentation mit Recht nicht für stichhaltig. In der Tat wird man mit einer philologischen Auslegung die Flatow-Herschel'sche Lehre nicht schlüssig begründen können. Ebenso gut wie Herschel können auch die Gegner seiner Lehre den Satzbau zum Beweise ihrer Ansicht benutzen. Es ist Jadesohn zuzugeben, daß man mit demselben Recht zwischen „unbillig" und die im Gesetzestext folgenden Worte das Wort „insbesondere" einschieben könnte. Aus diesem Sinn ergäbe sich dann die (philologische) Rechtfertigung der Mansfeld - Jadesohn'schen Lehre. Herschel selbst legt wohl keinen allzu großen Wert auf diese Argumentation.[2]) Denn für die von ihm und anderen vertretene Ansicht sprechen vor allen Dingen Sinn und Zweck des Betriebsrätegesetzes. Es war schon in der Einleitung auszuführen, daß das Einspruchsrecht in erster Linie dazu dienen soll, den einzelnen Arbeitnehmer mit seinem Betrieb fester verwachsen zu lassen. Der Arbeitnehmer soll seinem Betrieb möglichst lange erhalten bleiben, er soll nicht grundlosen Kündigungen ausgesetzt sein. Durch das Einspruchsrecht soll jeder Mißbrauch des formalen Kündigungsrechts abgestellt werden. Herschel führt daher mit Recht aus, daß man stets des soziologischen Sinnes des Betriebsrätegesetzes eingedenk sein müsse, wenn es sich um die Auslegung einer Bestimmung dieses Gesetzes handele.[3]) Ist die Kündigung weder durch das Verhalten des Arbeitnehmers noch durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt, so hat der Arbeitgeber sein Kündigungsrecht im Sinne des Betriebsrätegesetzes mißbraucht. Es ist dann überflüssig, noch weiter zu prüfen, ob die in der Kündigung liegende Härte in diesem Fall unbillig ist. Denn die Härte der Kündigung ist unbillig, weil der Arbeitgeber sein Kündigungsrecht mißbraucht hat.

Nun hält man der Flatow - Herschel'schen Lehre entgegen, daß sie mit ihrer Auslegung den „allgemeinen Begriff der Unbilligkeit stark verenge"[4]), insbesondere die Prüfung der sozialen Verhältnisse unmöglich mache. Diese Darlegungen be-

[1]) N. Z. f. A. 1931, 344.
[2]) Arb.-Ger. 1928, 227.
[3]) Arb.-Ger. 1928, 227.
[4]) So Jadesohn N. Z. f. A. 1931, 344.

ruhen jedoch zum Teil auf einer Verkennung der hier vertretenen Lehre.

Wie in § 2 ausgeführt wurde, kann nicht j e d e Kündigung als Härte angesehen werden. Die sozialen Verhältnisse des Gekündigten werden daher schon bei der Vorfrage, ob die Kündigung sich überhaupt als Härte darstellt, zu berücksichtigen sein.

Außerdem will auch Herschel die Berücksichtigung sozialer Verhältnisse dann zulassen, wenn es feststeht, daß Kündigungen durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt sind, und nun einzelne Arbeitnehmer ausgewählt werden müssen.[1]) Bei der Prüfung dieser Frage spielen soziale Erwägungen eine hervorragende Rolle. Die Frage der Auswahl bei der Kündigung mehrerer Arbeitnehmer wird in § 4 noch zu behandeln sein. Steht allerdings fest, daß weder das Verhalten des Arbeitnehmers noch die Betriebsverhältnisse die in der Kündigung gerade dieses Arbeitnehmers liegende Härte bedingen, so ist für soziale Erwägungen kein Raum mehr. Dem Einspruch muß dann aus den oben angeführten Gründen stattgegeben werden.

Bendix[2]) hat in der Diskussion zu Herschels Vortrag am 9. Februar 1930 sich dahin ausgesprochen, daß er diese Auslegung deshalb nicht wolle, weil sie die Vorschriften praktisch illusorisch mache. Bendix ist ebenda der Ansicht, daß man bei allen grundlegenden Fragen des Arbeitsrechts „nicht gleichsam über den Wassern argumentieren" könne. Man müsse sich entweder auf Arbeitgeber- oder auf Arbeitnehmerseite stellen und danach seine Begründung einrichten. Eine solche Argumentation muß von vornherein als unjuristisch abgelehnt werden. Folgt man der Ansicht von Bendix, dann ist auf dem Gebiet des Arbeitsrechts eine objektive Rechtsfindung nicht möglich. Denn der Richter müßte sich immer entweder auf den Standpunkt des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers stellen und aus diesen Gesichtspunkten sein Urteil finden. Mansfeld stimmt Herschel darin zu, daß der Zweck des Einspruchsgrundes nach § 84 I 4 BRG. darin liege, den Arbeitnehmer vor dem Mißbrauch des dem Arbeitgeber zustehenden formalen Kündigungsrechts zu schützen.[3]) Trotz dieses gleichen Ausgangspunktes kommt Mansfeld, wie schon dargelegt wurde, zu einem anderen Ergebnis. Mansfeld und auch Jadesohn scheinen der Lehre der

[1]) Kartei a).
[2]) Arb.-Ger. 1930, 146.
[3]) Komm. § 84 I 4 Anm. d.

Legaldefinition vor allen Dingen deshalb nicht zuzustimmen, weil ihnen das bei Anwendung dieser Lehre erzielte Ergebnis nicht billigenswert erscheint. Beide führen Beispiele an, an denen sich zeigen soll, daß die Lehre der Legaldefinition nicht dem Sinn des Betriebsrätegesetzes entspricht. Auf diese Beispiele wird nachfolgend näher einzugehen sein. Es wird sich dabei zeigen, daß sich die Fälle, die Mansfeld und Jadesohn zum Gegenbeweis anführen, auch nach der Lehre der Legaldefinition zu der von ihnen gewünschten Entscheidung führen lassen.

Das soll zunächst an folgendem Beispiel gezeigt werden, das Mansfeld anführt[1]): Ein Arbeitgeber muß einen neueingestellten Arbeitnehmer, obwohl sich dieser die größte Mühe gibt, doch wegen unzureichender Leistung kündigen. Mansfeld sagt mit Recht, es könne doch nicht ohne weiteres eine unbillige Härte für diesen Arbeitnehmer bedeuten, wenn ihm der Arbeitgeber auf Grund dieses Sachverhalts kündige. Mansfeld ist im Ergebnis auch durchaus zuzustimmen. In diesem Fall wird aber das „Verhalten" des Gekündigten — nämlich unzureichende Leistung — die Härte bedingen, sodaß der Einspruch gegen die Kündigung aus diesem Grund versagen muß. (Das Verhalten des Arbeitnehmers braucht nicht schuldhaft zu sein, wie in § 6 noch darzulegen sein wird). Außerdem wäre es in diesem Fall auch möglich, daß sich die Kündigung überhaupt nicht als eine Härte darstellt, wenn der Arbeitnehmer erst kurze Zeit im Betrieb tätig war.

Nun zu den Beispielen, die Jadesohn anführt[2]). Jadesohn ist der Ansicht, daß es nicht angängig sei, „einem Arbeitnehmer, dessen Verhalten einwandfrei, dessen Entlassung auch nicht durch die Betriebsverhältnisse bedingt war, das Zugeständnis einer unbillig harten Kündigung zu machen, wenn er z. B. nur ziemlich kurze Zeit im Betrieb tätig war, bei der im Zeitpunkt der Entlassung gegebenen Arbeitsmarktlage jederzeit mühelos Stellung finden konnte und womöglich in Anbetracht plötzlich eingetretener pekuniärer Verhältnisse auf Arbeitserwerb gar nicht angewiesen ist". Diesen Ausführungen von Jadesohn kann nur beigetreten werden. Es würde offenbar nicht befriedigen, wenn man einem Arbeitnehmer unter diesen Umständen den Entlassungsschutz des Betriebsrätegesetzes zuerkennen müßte. Jadesohn ist auch weiter zuzustimmen, wenn

[1]) N. Z. f. A. 1930, 295.
[2]) N. Z. f. A. 1931, 345.

er ausführt, daß alle diese Momente weder mit dem Verhalten des Arbeitnehmers noch mit den Verhältnissen des Betriebes etwas zu tun haben. Gewiß, mit der Frage der Unbilligkeit berühren sich diese Punkte auch nicht. Wohl aber ist in den von Jadesohn angeführten Fällen wie überall zu prüfen, ob überhaupt eine Härte in der Kündigung liegt. Diese Frage wird aus den unter § 2 angestellten Erwägungen unter diesen Umständen zu verneinen sein. Das Einspruchsrecht muß demgemäß hier versagen, da die Kündigung sich nicht einmal als Härte darstellt. Wenn man also, wie vorgeschlagen wurde, den Begriff der Härte differenziert und nicht ohne weiteres auf alle Kündigungen anwendet, so ist die Entscheidung letzten Endes wohl die gleiche, wie Jadesohn sie als wünschenswert bezeichnet hat.

Man sieht, daß die Lehre der Legaldefinition — die richtige Wertung des Begriffes der Härte vorausgesetzt — in allen Fällen zu einem durchaus praktischen und brauchbaren Ergebnis führt. Die Lehre der Legaldefinition hat vor allen Dingen den großen Vorteil, daß sie dem beliebigen Ermessen des Gerichts Schranken setzt und den Richter nicht mehr auf eine Auslegung des Wortes „unbillig" verweist.

Die Momente, die Mansfeld erst bei der Untersuchung auf eine Unbilligkeit in Rechnung stellt, soll das Gericht schon bei der Frage, ob in der Kündigung eine Härte liegt, berücksichtigen. Das LAG. Leipzig hat in einer grundsätzlich wichtigen Entscheidung vom 19. 9. 1927[1]) anerkannt, daß der Gesetzgeber dem erkennenden Gericht in § 84 I 4 BRG. nicht völlig freies Ermessen gegeben hat. Nach dieser Entscheidung, der durchaus zuzustimmen ist, soll die empfundene Härte nur dann nicht als unbillig gewertet werden, wenn entweder das Verhalten des Arbeitnehmers oder die Verhältnisse des Betriebes die Kündigung rechtfertigen.

Dieses Urteil deckt sich mit der Flatow-Herschel'schen Lehre und entspricht dem Sinn und Geist des Betriebsrätegesetzes. Hiernach werden einerseits für das Gericht Grundsätze gegeben, wann eine Härte als unbillig gewertet werden soll, andererseits bleibt in diesem Rahmen das freie richterliche Ermessen bestehen. Aus allen diesen Gründen wäre zu wünschen, daß sich die Flatow-Herschel'sche Lehre nicht nur im Schrifttum, sondern auch in der Rechtsprechung durchsetzt.

[1]) Bensh. Slg. 1, 266.

§ 4.

Die Auswahl bei Kündigungen.

§ 74 Satz 1 BRG. ordnet an, daß der Arbeitgeber bei Massenentlassungen aus betrieblichen Gründen verpflichtet ist, sich mit der Betriebsvertretung über Art und Umfang der Entlassungen und über die Vermeidung von Härten rechtzeitig vorher ins Benehmen zu setzen. Durch diese Bestimmung soll der Betriebsvertretung die Möglichkeit geboten sein, den Arbeitgeber bei der Auswahl der zu Kündigenden zu beraten. Für den Arbeitgeber wird diese Beratung bei der Auswahl insofern von Nutzen sein, als dadurch bei Zustimmung der Betriebsvertretung Einspruchsklagen für ihn erspart bleiben.

Wie der Schla. Karlsruhe[1]) mit Recht feststellt, ist der Arbeitgeber bei der Auswahl jedoch nicht an die Zustimmung der Betriebsvertretung gebunden. Aus der Nichtbeachtung des § 74 BRG. entstehen weder für die Betriebsvertretung noch für den einzelnen Arbeitnehmer besondere Rechte, wie das Gewerbegericht Berlin[2]) mit Recht hervorhebt. Es geht nicht an, die erfolgten Kündigungen wegen Nichtbeachtung des § 74 BRG. von vornherein als unbillige Härte zu bezeichnen, wie das Arb.-G. Harburg[3]) anzunehmen scheint. Es bedarf vielmehr immer der Prüfung, ob der Arbeitgeber völlig willkürlich bei der Auswahl der Gekündigten verfahren ist. Wie Herschel[4]) aber sehr richtig ausführt, kann die Verletzung des § 74 BRG. für den Richter eine Vermutung der Vermeidbarkeit der Kündigung begründen.

Es wird nun zu untersuchen sein, ob der Arbeitgeber bei der Auswahl der zu Kündigenden völlig frei ist, oder ob er durch bestimmte Richtlinien gebunden ist, wenn die Betriebsverhältnisse die Kündigung mehrerer Arbeitnehmer rechtfertigen. Das Betriebsrätegesetz enthält keine Bestimmungen über die Auswahl der zu Kündigenden. § 13 der Verordnung über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung vom 12. 2. 1920 bestimmte: „Sollen Arbeitnehmer zur Verminderung der Arbeitnehmerzahl entlassen werden, so sind für die Auswahl zunächst die Betriebsverhältnisse, insbesondere die Ersetzbarkeit des einzelnen Arbeitnehmers im

[1]) Entsch. v. 23. 10. 1923. Arb.-R. 1925, 411.
[2]) Entsch. v. 6. 2. 1924. Gew.- u. Kfm.-Ger. 29, 87.
[3]) Entsch. v. 5. 5. 1925. B.-R.-Ztschr. Metallindustrie 1926, Nr. 18, 6.
[4]) Arb.-Ger. 1930, 144.

Verhältnis zu der Wirtschaftlichkeit des Betriebes zu prüfen. Sodann sind das Lebens- und Dienstalter, sowie der Familienstand des Arbeitnehmers derart zu berücksichtigen, daß die älteren, eingearbeiteten Arbeitnehmer und diejenigen mit unterhaltsbedürftigen Angehörigen möglichst in ihrer Arbeitsstellung zu belassen sind." Der § 13 dieser Verordnung ist nun durch Artikel II der Verordnung über Betriebsstillegung vom 15. 10. 1923 aufgehoben.

Es herrscht nun lebhafter Streit darüber, ob die Grundsätze dieses § 13 auch heute noch zu beachten sind oder ob der Arbeitgeber bei der Auswahl völlig freie Hand hat.

Golm[1]), Fuchs[2]), Lange[3]) und Priebe[4]) vertreten die Auffassung, daß nach der Aufhebung des § 13 der Demobilmachungsverordnung der Arbeitgeber bei der Auswahl nicht mehr beschränkt sei.

Erdel[5]), Flatow[6]), Herschel[7]) und Mansfeld[8]) sind der Ansicht[9]), daß die Grundsätze des § 13 einen geeigneten Anhalt bei der Auswahl für den Arbeitgeber darstellen und auch heute noch beachtet werden sollen. Der Reichsarbeitsminister hat in seinem Erlaß vom 18. 11. 1923 (X 7807/23) sich dahin geäußert, daß die in dem § 13 zum Ausdruck gebrachten Grundsätze auch nach Aufhebung dieses Paragraphen bei der Auslegung des § 84 I 4 BRG. noch anzuwenden seien. Man kann wohl auch sagen, daß dieser Gedanke sich bei der Rechtsprechung durchgesetzt hat. Die Gerichte prüfen in den weitaus meisten Fällen[10]), ob der Arbeitgeber bei der Auswahl der Gekündigten die sozialen Verhältnisse berücksichtigt hat. Nur in wenigen Entscheidungen wird diese Prüfung mit der Be-

---

[1]) Gew.- u. Kfm.-Ger. 29, 175 ff.
[2]) S. 72.
[3]) N. Z. f. A. 1926, 87.
[4]) Schli.-W. 1925, 43 f.
[5]) Gew.- u. Kfm.-Ger. 29, 214 f.
[6]) Komm. § 84 I 4 Anm. 12.
[7]) Kartei IV.
[8]) Komm. § 84 I 4 Anm. d.
[9]) Vgl. auch Schmaltz, Arb.-R. 1924, 203 f.
[10]) So Gew.-Ger. Pforzheim v. 6. 2. 1924 Schli.-W. 1924, 51; Gew.-Ger. Flöha als Arb.-G. v. 28. 2. 1924 Schli.-W. 1924, 75 ff; LG. Erfurt v. 23. 5. 1925 J. W. 1925, 1914; Gew.-Ger. Mannheim v. 3. 2. 1926 Schli.-W. 1926, 61 ff; Arb.-G. Ahlen v. 10. 2. 1926 B.-R.-Ztschr. Metallindustrie 1926, Nr. 17 S. 11; LAG. Berlin v. 7. 3. 1930 Sammlung Vereinigung 1930, 468; LAG. Frankfurt/M. v. 19. 5. 1930 Arb.-R. u. Schl. 1930, 289 f.

gründung abgelehnt, daß der Arbeitgeber bei der Auswahl der zu Kündigenden vollkommen freie Hand habe.[1])

Nach meiner Ansicht ist die Regel des ehemaligen § 13 der Demobilmachungsverordnung auch heute noch vom Arbeitgeber bei der Auswahl der zu Kündigenden zu beachten. Das wird näher auszuführen und zu begründen sein.

§ 13 der Demobilmachungsverordnung ist aufgehoben und damit auch materiell beseitigt. Die Gerichte sind auch nicht etwa durch den oben angeführten Erlaß des Reichsarbeitsministers vom 18. 11. 1923 gebunden. Derartige Erlasse haben keine Gesetzeskraft, wie das Arb.-G. Neugersdorf[2]) in seiner Entscheidung vom 11. 2. 1926 anzunehmen scheint. Dort wird ausgeführt, daß das erkennende Gericht denselben Standpunkt einzunehmen hätte wie im Erlaß des Reichsarbeitsministers und abweichende Kommentare seinen Entscheidungen nicht zugrundelegen könne. Auch das Gewerbegericht Pforzheim[3]) hat sich in seiner Entscheidung vom 6. 2. 1924 die Auffassung des Reichsarbeitsministers zu eigen gemacht. Durch diesen Erlaß und auch durch eine spätere Mitteilung des Reichsarbeitsministers an die Gewerkschaften[4]) kann aber die Anwendung der Regel des ehemaligen § 13 der Demobilmachungsverordnung nicht gerechtfertigt werden, sie ist vielmehr aus der Bestimmung des § 84 I 4, also aus dem Betriebsrätegesetz selbst unmittelbar herzuleiten.

Es ist Priebe[5]) zuzugeben, daß der Wortlaut des § 84 I 4 BRG. keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, daß der Arbeitgeber bei der Vornahme einer Kündigung die zu Entlassenden nach sozialen Gesichtspunkten auszuwählen hat. Sinn und Zweck des Einspruchsrechtes nach § 84 I 4 BRG. sprechen jedoch dafür, daß der Arbeitgeber eine solche Auswahl vornehmen muß. Der Sinn dieser Bestimmung ist, wie mit Recht allgemein angenommen wird, der, daß der Arbeitnehmer vor dem Mißbrauch des formalen Kündigungsrechts durch den Arbeitgeber geschützt werden soll. Verfährt der Arbeitgeber bei der Aus-

[1]) So Gew.-Ger. Zwickau als Arb.-G. v. 18. 2. 1924 Kfm. W. u. R. 1924, 170 f.; Gew.-Ger. Durlach als Arb.-G. v. 4. 9. 1924 Bad. Rpr. 1925, 178; LAG. Bautzen v. 30. 6. 1924 J. W. 1925, 285; Schla. Karlsruhe v. 23. 10. 1923 Schli.-W. 1923, 236.

[2]) B.-R.-Ztschr. Metallindustrie 1926, Nr. 19, S. 11.

[3]) Schli.-W. 1924, 51.

[4]) Gew.-Ztg. 1924, 74.

[5]) Schli.-W. 1925, 43.

wahl der zu Kündigenden völlig willkürlich, so hat er sein Kündigungsrecht mißbraucht.

Wie Erdel[1]) zutreffend ausführt, lagen die Erwägungen, von denen der Gesetzgeber sich in § 13 der Demobilmachungsverordnung leiten ließ, „sozusagen in der Luft". Diese Bestimmung brachte nur einen selbstverständlichen und allgemein auch anerkannten Rechtsgedanken zum Ausdruck. Es ist auch ohne eine gesetzliche Regelung klar, daß die persönlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind, wenn die Betriebsverhältnisse die Entlassung mehrerer Arbeitnehmer bedingen und die Arbeitnehmer für den Betrieb gleichwertig sind. Es ist Erdel auch weiter zuzustimmen, daß die Gerichte den im § 13 der Demobilmachungsverordnung enthaltenen Grundsatz der Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten auch dann im Einspruchsverfahren angewandt hätten, wenn dieser § 13 nie bestanden hätte. Wie der Arbeitgeber nicht willkürlich kündigen soll, so soll er auch bei mehreren Kündigungen die Arbeitnehmer nicht willkürlich auswählen. Es widerspricht daher dem Sinn und Zweck des § 84 I 4 BRG., dem Arbeitgeber bei der Auswahl völlig freie Hand zu lassen.

Priebe[2]) wendet nun ein, daß der § 13 der Demobilmachungsverordnung erst n a c h dem Erlaß des Betriebsrätegesetzes geschaffen worden sei. Der § 13 wäre doch überflüssig gewesen, führt Priebe weiter aus, wenn die darin enthaltenen Grundsätze bereits bei der Auslegung des § 84 I 4 BRG. zu beachten gewesen seien. Priebe ist entgegenzuhalten, daß es sich bei dem Verfahren nach der Demobilmachungsverordnung und dem Einspruchsverfahren nach dem Betriebsrätegesetz um zwei ganz verschiedene Verfahren handelt. Der § 13 der Demobilmachungsverordnung kann also nicht zur Ergänzung des § 84 I 4 BRG. geschaffen worden sein.

Es läßt sich also unmittelbar aus der Bestimmung des § 84 I 4 BRG. herleiten, daß der Arbeitgeber bei der Auswahl der zu Kündigenden nach den Richtlinien des § 13 der Demobilmachungsverordnung verfahren muß. Aus diesem Grund erübrigt sich die Untersuchung, ob der im § 13 zum Ausdruck gekommene Grundsatz eine gewohnheitsrechtliche Bedeutung erlangt hat, wie Flatow[3]) annimmt.

---

[1]) Gew.- u. Kfm.-Ger. 29, 214.
[2]) Schli.-W. 1925, 43.
[3]) Komm. § 84 I 4 Anm. 12.

Die Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer hat in erster Linie nach dem Wert des Arbeitnehmers für den Betrieb und nach dem Leistungsgrundsatz zu erfolgen.[1]) Dem Grundsatz: „Wer zuletzt eingestellt ist, muß auch als erster entlassen werden", kann in dieser Form nicht beigestimmt werden, wie das Gewerbegericht Berlin[2]) in seiner Entscheidung vom 13. 7. 1926 mit Recht hervorgehoben hat.

Das Interesse des Betriebs kann erfordern, wie sich auch aus § 13 der Demobilmachungsverordnung ergibt, daß Arbeitnehmer trotz ihrer guten sozialen Verhältnisse und ihres geringen Lebens- oder Dienstalters aus dem Grund beibehalten werden, weil sie unentbehrlich oder leistungsfähiger als die anderen gekündigten Arbeitnehmer sind. Dieser Gedanke des Werts des Arbeitnehmers für den Betrieb fügt sich auch in den Rahmen des Betriebsrätegesetzes ein, das doch den wirtschaftlichen Aufbau des Betriebs nicht hemmen soll.

Die sozialen Verhältnisse der zu Kündigenden sind erst in zweiter Linie zu berücksichtigen. Ausgehend von dem Gedanken der Betriebsverbundenheit wird man bei gleichen Leistungen in erster Linie das Dienstalter vor dem Lebensalter zu berücksichtigen haben.[3])

Als Ergebnis der Untersuchung kann also festgestellt werden, daß der Arbeitgeber bei der Auswahl der zu Kündigenden nicht willkürlich verfahren darf, sondern dabei die Gesichtspunkte des § 13 der Demobilmachungsverordnung beachten muß.

§ 5.

Die Beweislast beim Einspruchsgrund der unbilligen Härte.

Entstehen Zweifel darüber, ob die Härte der Kündigung durch das Verhalten des Arbeitnehmers oder die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist, so taucht die Frage auf, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer im Einspruchsverfahren nach § 84 I 4 BRG. die Beweislast trägt.

Im Schrifttum und in der Rechtsprechung ist die Frage der Beweislastverteilung umstritten, es überwiegt jedoch die

[1]) So LAG. Erfurt v. 23. 5. 1925 J. W. 1925, 1914. Arb.-G. Heilbronn v. 27. 5. 1930 Sammlung Vereinigung 1930, 468; LAG. Berlin v. 7. 1. 1930 Arb.-R. u. Schl. 1930, 88; LAG. Frankfurt/M. v. 19. 5. 1930 Arb.-R. u. Schl. 1930, 289; vgl. auch LAG. Dortmund v. 20. 5. 1930 Sammlung Vereinigung 1930, 467.

[2]) Schli.-W. 1927, 152.

[3]) So auch Herschel, Kartei IV.

Meinung, daß der Arbeitgeber grundsätzlich beweispflichtig ist. Bendix[1]), Dersch[2]), Hirsch[3]), Mansfeld[4]), Potthoff[5]) und Warncke[6]) sind dieser Ansicht.

Goerrig[7]) und Herschel[8]) vertreten die Auffassung, daß dem Arbeitnehmer der Beweis obliege, daß die Kündigung nicht notwendig gewesen sei.

Es können Bedenken entstehen, ob in solchen arbeitsrechtlichen Streitigkeiten die Regeln über Beweislast, die sich im Zivilprozeß herausgebildet haben, überhaupt Anwendung finden können. Potthoff ist der Ansicht, daß die Grundsätze des Zivilprozesses nicht auf einen sozialen Streit Anwendung finden können, auf den sie nicht passen.[9]) Mit dem Inkrafttreten des Arbeitsgerichtsgesetzes sind jedoch diese Bedenken hinfällig geworden. In § 2 Ziff. 4 des Arbeitsgerichtsgesetzes heißt es, daß die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig sind für „Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" aus den §§ 86, 87 BRG. Wie sich aus § 63 Arbeitsgerichtsgesetz ergibt, wird der Einspruch beim Arbeitsgericht durch Erhebung einer „Klage" eingelegt. Ferner finden nach § 46 Abs. 2 des Arbeitsgerichtsgesetzes die Vorschriften der Zivilprozeßordnung auf das Verfahren entsprechend Anwendung, soweit nichts anderes bestimmt ist. Die angezogenen Vorschriften zeigen deutlich, daß das Einspruchsverfahren ein ordentliches Gerichtsverfahren ist, auf das die Regeln des Zivilprozesses Anwendung finden müssen.

Es scheint nun so, als ob der Gesetzgeber selbst in § 86 BRG. eine grundsätzliche Regelung der Beweislast getroffen hat. Dort heißt es nämlich, daß bei der Anrufung der Betriebsvertretung die Gründe des Einspruchs dargelegt und die Beweise ihrer Berechtigung vorgebracht werden müssen. Goerrig[10]) schließt denn auch daraus, daß der gekündigte Arbeitnehmer beweisen müsse, daß die Kündigung sich als eine unbillige, nicht durch sein Verhalten oder die Verhältnisse des Betriebs

[1]) Arbeitsrechtspraxis 1930, 34.
[2]) Die neue Schlichtungsverordnung S. 412.
[3]) Gew.- u. Kfm.-Ger. 29, 85 ff.
[4]) N. Z. f. A. 1931, 415 ff.
[5]) Sozialrecht S. 311 f.
[6]) Neue Arb.-R.-Kartei B.
[7]) Arb.-R. 1922, 484.
[8]) Kartei II.
[9]) Sozialrecht S. 312.
[10]) Arb.-R. 1922, 484.

bedingte Härte darstelle. Dieser Schluß ist jedoch nicht richtig. In § 86 BRG. hat der Gesetzgeber lediglich bestimmt, wie sich das Verfahren vor der Betriebsvertretung gestalten soll. Mit keinem Wort ist davon die Rede, daß der Arbeitnehmer auch vor dem Arbeitsgericht die Unbilligkeit der Härte beweisen muß. Weder im Arbeitsgerichtsgesetz noch im Betriebsrätegesetz ist die Beweislastverteilung beim Einspruchsverfahren geregelt, sodaß die Grundlehren der Beweislast, die sich im Zivilprozeß herausgebildet haben, entscheidend sind.

Es ist nun eine Grundregel der Beweislastlehre, daß jede Partei die Tatsachen beweisen muß, aus denen sie Rechte herleitet.[1]) Es scheint danach so zu sein, daß der Arbeitnehmer alle Voraussetzungen für seinen Einspruch darlegen und auch beweisen muß. Sicher muß der Arbeitnehmer beweisen, daß sich die Kündigung als eine Härte darstellt.[2]) Wie in § 2 ausgeführt wurde, ist nicht jede Kündigung eine Härte für den Betroffenen. Der Arbeitnehmer muß daher unter Darlegung seiner sozialen Verhältnisse beweisen, daß die Kündigung sich als Härte darstellt. Das Gesetz verlangt jedoch noch weiter zur Berechtigung des Einspruchs, daß die Härte der Kündigung unbillig sein muß. Auch die Umstände, daß weder das Verhalten des Arbeitnehmers noch die Verhältnisse des Betriebs die Kündigung bedingen, gehören zu den rechtsbegründenden Tatsachen.[3]) Nach der angeführten Grundregel der Beweislastlehre müßte also auch der Arbeitnehmer die Unbilligkeit der Härte beweisen. Der Arbeitnehmer müßte dann beweisen, daß weder sein Verhalten noch die Verhältnisse des Betriebs die in der Kündigung liegende Härte bedingen — also etwas Negatives. Man wird allerdings Bendix[4]) nicht zustimmen können, daß nach der allgemeinen Prozeßerfahrung Negatives nicht bewiesen werden kann. Mansfeld[5]) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß auch in einzelnen Fällen Negatives bewiesen werden muß, so z. B. bei § 812 BGB. der Mangel des rechtlichen Grundes und bei § 1300 BGB. die Unbescholtenheit.

In der Praxis ist jedoch der Nachweis, daß die Betriebsverhältnisse die Härte der Kündigung bedingen, dem Arbeitnehmer nicht zumutbar. Der einzelne Arbeitnehmer hat keine

[1]) Vgl. Baumbach, Komm. § 82 Zus. 3.
[2]) So auch Potthoff S. 313.
[3]) Vgl. Mansfeld, N. Z. f. A. 1931, 419.
[4]) Arbeitsrechtspraxis 1930, 34.
[5]) N. Z. f. A. 1931, 420.

Übersicht über den finanziellen und technischen Stand des Unternehmens; es ist daher auch unmöglich, ihm die Beweislast dafür aufzubürden, daß die Betriebsverhältnisse die Härte der Kündigung nicht bedingen. Zweifel können bei der zweiten Alternative, dem „Verhalten des Arbeitnehmers" entstehen. Nach meiner Ansicht ist jedoch auch in diesem Fall eine negative Beweisführung für den Arbeitnehmer zu schwierig.

Wie Mansfeld überzeugend nachgewiesen hat[1]), sprechen weder der Wortlaut des § 84 I 4 BRG. noch praktische Erwägungen dagegen, daß grundsätzlich die Beweislast den Arbeitgeber trifft. Der Wortlaut spricht nicht ausschließlich dafür, daß es sich bei den Worten: „nicht durch das Verhalten des Arbeitnehmers und nicht durch die Verhältnisse des Betriebs bedingt" um rechtsbegründende Tatsachen handelt. Allerdings ist für eine rechtshindernde Tatsache nicht die gewöhnliche gesetzestechnische Ausdrucksweise gewählt, wie etwa „es sei denn, daß". Mansfeld weist jedoch zutreffend darauf hin, daß in diesen gesetzestechnischen Regeln eine bindende Beweisauslegungsvorschrift nicht enthalten ist.

Der Arbeitgeber wird danach grundsätzlich beweisen müssen, daß das Verhalten des Arbeitnehmers oder die Verhältnisse des Betriebs die Härte der Kündigung bedingt haben. Kann der Arbeitgeber in diesem Rahmen den Nachweis nicht führen, so ist dem Einspruch stattzugeben.[2]) Zweifel gehen also zu seinen Lasten und nicht, wie das Kaufmannsgericht Hamburg[3]) und das Arb.-G. Lübeck[4]) annehmen, zu Lasten des Arbeitnehmers.

Die Beweislast, die dem Arbeitgeber obliegt, findet jedoch ihre Grenzen. Wenn der Arbeitnehmer seinen Einspruch auf unrichtige Auswahl der Entlassenen stützt, so trifft ihn die Beweisführungspflicht hierfür. Es ist nämlich davon auszugehen, daß der Arbeitgeber in der Regel die zu Entlassenden nicht willkürlich auswählt. Er wird schon deshalb keinen sinnlosen Abbau vornehmen, weil er sonst im Einspruchsverfahren unterliegen würde und hohe Geldentschädigungen zahlen müßte.

Nach den Regeln des Prima-Facie-Beweises[5]) muß diese Vermutung des ersten Anscheins vom Arbeitnehmer widerlegt werden. Es ist also Sache des Arbeitnehmers, zu beweisen,

---

[1]) N. Z. f. A. 1931, 422 f.
[2]) So auch LAG. Frankfurt/M. v. 8. 5. 1930, Arb.-Ger. 1930, 445.
[3]) Entscheidung v. 30. 9. 1925 Hans. Ger.-Ztg. Arb.-R. 1925, 280.
[4]) Entscheidung v. 18. 2. 1925 Hans. Ger.-Ztg. Arb.-R. 1925, 204.
[5]) Vgl. Baumbach, Komm. § 283 Zus. 3 B.

warum gerade ihn und nicht die anderen gekündigten Arbeitnehmer die Kündigung unbillig hart trifft.[1])

Allgemeine Behauptungen wie etwa die, es seien Arbeitnehmer in sozial besserer Stellung nicht entlassen worden, sind nicht geeignet, den Beweis einer falschen Auswahl zu erbringen. Das Gewerbegericht Berlin[2]) verlangte mit Recht, daß die Auswahlpersonen mit Namen genannt werden müssen und weiter auch angegeben werden muß, weshalb sie wirtschaftlich stärker sind.

Ferner wird man auch von dem Arbeitgeber nicht verlangen können, bei der Darlegung der Betriebsverhältnisse etwaige Betriebsgeheimnisse preiszugeben. So möchte ich auch der Ansicht von Mansfeld[3]) darin beitreten, daß die Angabe der Vorstandsgehälter und der Aufsichtsratstantiemen und -bezüge vom Arbeitgeber aus den oben erwähnten Gründen nicht verlangt werden kann.

[1]) So LAG. Frankenthal v. 24. 1. 1928, Arb.-Ger. 1928, 114.
[2]) Entscheidung v. 29. 8. 1925 Gew.- u. Kfm.-Ger. 31, 223.
[3]) N. Z. f. A. 1931, 433.

III. Besonderer Teil.

§ 6.

Das „Verhalten" des Arbeitnehmers in § 84 I 4 BRG.

Während in dem vorangegangenen „Allgemeinen Teil" der Arbeit die Begriffe der Härte und Unbilligkeit, die Fragen der Auswahl und der Beweislast zu erörtern waren, sollen in den folgenden Paragraphen noch nähere Erläuterungen dazu, vor allem an Hand von Beispielen, gegeben werden. Im allgemeinen Teil waren die grundsätzlichen Fragen des Einspruchsgrundes der unbilligen Härte zu untersuchen, dem nachfolgenden „Besonderen Teil" bleibt noch die Behandlung von Einzelfragen vorbehalten.

In diesem Paragraphen wird zu untersuchen sein, in welchen Fällen das Verhalten des Arbeitnehmers die Kündigung rechtfertigt. Es ist wohl selbstverständlich, daß auch hier ins Einzelne gehende Regeln für die Entscheidung dieser Frage nicht aufgestellt werden können. Dem richterlichen Ermessen muß es vielmehr überlassen bleiben, die Entscheidung den besonderen Umständen des einzelnen Falles anzupassen. Gleichwohl soll aber versucht werden, allgemeine Grundsätze für die Behandlung dieser Frage aufzustellen.

Der Ausdruck „Verhalten" deutet offenbar solche Momente an, die sich auf den einzelnen Arbeitsvertrag beziehen. Der Arbeitgeber kann also dann kündigen, wenn eine Vertragsverletzung vorliegt. Es liegt jedoch auf der Hand, daß nicht jede Vertragsverletzung ausreicht, um die Kündigung im Sinne des § 84 I 4 BRG. zu rechtfertigen. Nach dem Wortlaut des § 84 I 4 liegt eine unbillige Härte nur dann vor, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers die Kündigung nicht b e d i n g t. Die Auslegung des Wortes „bedingt" stößt auf große Schwierigkeiten. Man kann das Wort „bedingt" nämlich eng und weit auslegen. Das Arbeitsgericht Berlin[1]) hat in seiner Entscheidung vom 21. 10. 1929 ausgeführt, daß man hier „Bedingung" im Sinne einer ausschließlichen oder doch zum mindesten einer weit überwiegenden Verursachung verstehen müsse. Bendix[2])

[1]) J. W. 1930, 490.
[2]) Arbeitsrechtspraxis 1930, 34.

vertritt eine ähnliche Auffassung. Nach seiner Ansicht muß ein Umstand vorliegen, der überwiegend oder gar ausschließlich die Kündigung zur unumgänglichen Notwendigkeit macht. Aus dem Wortlaut des Gesetzes läßt sich aber auch die gegenteilige Ansicht rechtfertigen. Man kann das Wort „bedingen" auch dahin auslegen, daß schon eine geringfügige Vertragsverletzung die Kündigung rechtfertigt und somit im Sinne des § 84 I 4 BRG. bedingt. Mit einer Wortauslegung wird man daher nicht zum Ziel kommen, da der Wortlaut sowohl eng als auch weit ausgelegt werden kann.

Die Lösung ist nach meiner Ansicht nur dann zu finden, wenn man von dem Grundgedanken des Einspruchrechtes ausgeht. Wie schon öfter hervorgehoben wurde, soll das Einspruchsrecht in erster Linie dazu dienen, den Arbeitnehmer vor dem Mißbrauch des formalen Kündigungsrechtes zu schützen. Der Arbeitgeber mißbraucht sein Kündigungsrecht sicher dann nicht, wenn er einen im Verhalten des Arbeitnehmers liegenden Grund zur Entlassung hat. Im Gesetz, so z. B. in § 123 Ziff. 1—8 Gew.-O. sind nun bestimmte Tatbestände angegeben, die den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigen. Das Recht der fristlosen Entlassung ist daher ein geeigneter Ausgangspunkt für die Untersuchung, in welchen Fällen das Verhalten des Arbeitnehmers die Kündigung bedingt. Kommt das Gericht im Einspruchsverfahren nach § 84 I 4 BRG. zu dem Ergebnis, daß der Arbeitgeber zu einer fristlosen Entlassung berechtigt war, so ist die Einspruchsklage des Arbeitnehmers als unbegründet abzuweisen[1]), weil hier das Verhalten des Arbeitnehmers die Kündigung bedingt. Das ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung unbestritten. So hat z. B. das Gewerbegericht Berlin[2]) am 1. 3. 1927 dahin entschieden, daß ein Einspruch nicht mit Erfolg geltend gemacht werden könne, wenn dem Arbeitgeber wegen andauernder Krankheit des Arbeitnehmers das Recht der fristlosen Entlassung zustehe.

Nach der Ansicht von Bendix, der eine enge Auslegung des Wortes „bedingen" vertritt, würde eine Entlassung im allgemeinen nur dann im Sinn des § 84 I 4 BRG. gerechtfertigt sein, wenn das Verhalten des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber das Recht zur fristlosen Kündigung gäbe. Diese Auslegung

[1]) Vgl. auch Mansfeld, Komm. § 84 I C und Jadesohn, N. Z. f. A. 1931, 348.
[2]) Arb.-R. 1927, 834.

entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck des § 84 I 4 BRG. Wäre der Gesetzgeber der Ansicht gewesen, daß nur beim Vorliegen der Voraussetzungen für eine fristlose Entlassung die unbillige Härte ausgeschlossen wird, so hätte er dies sicher zum Ausdruck gebracht. Es muß also auch Fälle geben, in denen der Arbeitgeber zwar nicht das Recht zur fristlosen Entlassung hat, aber doch dem Arbeitnehmer fristgemäß kündigen kann, ohne daß die Kündigung eine unbillige Härte bedeutet. Diese Fälle sollen Gegenstand der weiteren Untersuchung sein.

Der Arbeitgeber soll — das ist der Sinn des § 84 I 4 BRG. — nicht willkürlich kündigen, der Arbeitnehmer soll, solange es irgend möglich ist, dem Betrieb erhalten bleiben. Von diesem Grundgedanken ausgehend, kommt man zu der Folgerung, daß der Arbeitgeber im Sinne des Betriebsrätegesetzes nur kündigen darf, wenn ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden kann. Diese Formel, mit der das Reichsgericht den „wichtigen Grund" zur fristlosen Entlassung umschrieben hat, ist daher auch für die Handhabung des § 84 I 4 BRG. sinngemäß anzuwenden. Der Begriff der Zumutbarkeit ist jedoch noch zu klären. Das Gericht wird bei der Frage der Zumutbarkeit zu prüfen haben, ob ein billig und gerecht denkender Arbeitgeber in dem einzelnen Fall das Verhalten des Arbeitnehmers zum Anlaß[1]) der Kündigung nehmen durfte. Hierbei müssen auch die Interessen des Arbeitgebers berücksichtigt werden. Man wird aber von dem Arbeitgeber andererseits auch Rücksicht und Nachsicht bei den Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers fordern müssen. So kann z. B. eine geringfügige Verfehlung eines langjährig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmers nicht genügen, um eine Kündigung im Sinn des § 84 I 4 BRG. zu rechtfertigen. Den Gerichten bleibt bei der Prüfung der Frage der Zumutbarkeit ein weiter Spielraum billigen Ermessens.

Im Folgenden sollen nun die Grenzen der Zumutbarkeit noch an Hand von weiteren Beispielen näher umrissen werden. Es sind in der Hauptsache solche Fälle zu untersuchen, in denen dem Arbeitgeber zwar das Recht zur fristlosen Entlassung nicht zusteht, aber eine fristgemäße Kündigung im Sinn des § 84 I 4 BRG. gerechtfertigt ist.

Die Vertragsverletzungen, die eine Kündigung rechtfertigen, können ganz verschiedener Natur sein. Es kann sich hierbei

[1]) So Mansfeld, N. Z. f. A. 1930, 292.

sowohl um die Leistung des Arbeitnehmers als auch um seine Führung handeln. Ich möchte daher bei der Behandlung der einzelnen Fälle mit Warncke einteilen in Leistung und Führung und Führung wieder in dienstliche und außerdienstliche Führung untergliedern.

Zunächst werden daher Fälle zu behandeln sein, in denen eine mangelhafte Leistung die Kündigung bedingt.

Bei der Beurteilung dieser Frage wird man, wie der Schla. Groß-Berlin[1]) in seiner Entscheidung vom 12. 11. 1920 sehr mit Recht ausgeführt hat, zweierlei berücksichtigen müssen. Einmal wird der Arbeitgeber verlangen können, daß die bei ihm eingestellten Arbeitnehmer gute Arbeit leisten. Andererseits muß der Arbeitgeber auch eine einmalige schlechte Leistung in Kauf nehmen, wenn der Arbeitnehmer sonst zufriedenstellend gearbeitet hat. Es geht offenbar nicht an, einen Arbeitnehmer, der bisher einwandfrei gearbeitet hat, deshalb zu entlassen, weil ihm eine einmalige geringe Verfehlung unterlaufen ist.

Hat jedoch der Arbeitnehmer öfters nachlässig gearbeitet, so kann die Kündigung sich nicht als eine unbillige Härte darstellen. So hat in einem Fall ein Arbeiter trotz wiederholter Verwarnung bei der Arbeit Zeitung gelesen, sodaß infolge seiner Unachtsamkeit ein Materialschaden entstand. Hier hat der Schla. Düsseldorf[2]) mit Recht den Einspruch verworfen.

Ebenso wird der Einspruchsgrund auch dann versagen, wenn der Arbeitnehmer nachweisbar weniger leistet als von ihm billigerweise verlangt werden kann in der Absicht, dadurch einen höheren Akkordsatz zu erzwingen. Der Schla. Düsseldorf[3]) hat in einem solchen Fall am 1. 8. 1921 dahin entschieden, daß die Berufung auf § 84 I 4 BRG. ungerechtfertigt sei, da der Kläger die Kündigung durch eigenes Verhalten herbeigeführt habe.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob es eine unbillige Härte bedeutet, wenn der Arbeitnehmer nicht nachlässig oder gar absichtlich, sondern infolge seines hohen Alters mangelhafte Arbeit leistet. Hierbei taucht die Streitfrage auf, ob das „Verhalten" eines Arbeitnehmers auch dann die Kündigung bedingt, wenn es nicht schuldhaft ist. Heine[4]) ist

[1]) Mbl. Schla. Bln. 2, 166.
[2]) Entsch. v. 4. 8. 1921 Mbl. Schla. Rhein.-Westf. Ind.-Bez. 1921, 132.
[3]) Mbl. Schla. Rhein.-Westf. Ind.-Bez. 1921, 133.
[4]) Arb.-Ger. 1928, 452.

der Auffassung, daß Arbeitnehmer, die infolge ihres Alters weniger leistungsfähig werden, dadurch allein keinen Anlaß zur Kündigung geben könnten, wenn sie sich sonst einwandfrei verhielten. Vor allen Dingen will Heine solche Arbeitnehmer vor einer Entlassung geschützt wissen, die schon über fünfzig und sechzig Jahre alt sind und ein gutes Teil ihrer Lebensarbeit dem Betrieb gewidmet haben. Zu der gleichen Ansicht kommt auch Gürteler[1]) in seinem Kommentar zum Betriebsrätegesetz.

Die herrschende Meinung geht jedoch dahin, daß auch eine unverschuldete mangelhafte Leistung die Kündigung bedingen kann[2]). Mit Recht. Denn einmal ist im Gesetz nichts davon gesagt, daß es sich um ein schuldhaftes Verhalten handeln müsse; zum anderen verkennt man den Zweck des Einspruchsrechts, wenn man, wie Heine meint, alte, langjährige im Betrieb beschäftigte Arbeitnehmer müßten dadurch vor einer Entlassung geschützt werden.

Sicher wird man Heine darin zustimmen, daß die §§ 84 ff. BRG. einen sozialen Sinn haben. Man wird aber auch berücksichtigen müssen, daß das Betriebsrätegesetz den wirtschaftlichen Aufbau eines Betriebes nicht hemmen darf. Wenn die Leistungen einzelner Arbeitnehmer infolge Alters erheblich zurückgehen, so kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmern fristgemäß kündigen, ohne daß eine unbillige Härte vorliegt.

Eine fristlose Entlassung erscheint in diesen Fällen zwar nicht gerechtfertigt. Es muß dem Arbeitgeber aber das Recht zugestanden werden, den Personalbestand seines Betriebes vor einer Überalterung zu bewahren. Denn er kann nur dann in Wettbewerb mit anderen Unternehmern treten, wenn die Arbeitskräfte, die ihm zur Verfügung stehen, voll leistungsfähig sind. Das Einspruchsrecht kann nicht zur Versorgung gealterter Arbeitnehmer bestimmt sein; zu diesem Zweck ist die Invalidenversicherung geschaffen worden. Das Arb.-G. Eßlingen[3]) führt mit Recht aus, daß dem Arbeitgeber, der einen Teil der Beiträge für Invaliden- und Altersversorgung

[1]) Komm. § 84 I 4 Anm. 17.

[2]) Flatow, Komm. § 84 I 4 Anm. 12; Jadesohn, N. Z. f. A. 1931, 348; Mansfeld, Komm. § 84 I 4 Anm. d; Warncke, Neue Arb.-Kartei A; LAG. Leipzig v. 19. 9. 1927 (Bensh. Slg. 1, 266) und v. 19. 4. 1928 Arb.-Ger.-Entsch. Heym. 3, 370); Arb.-G. Esslingen v. 13. 4. 1928, Arb.-Ger. 1928, 357.

[3]) Entscheidung v. 13. 4. 1928 Arb.-Ger. 1928, 357.

zahlt, auf dem Umweg über § 84 I 4 die Versorgung dieser alten Arbeitnehmer zur Last gelegt würde.

Allerdings darf das hohe Lebensalter allein nicht zur Kündigung führen. Das Gewerbegericht Berlin[1]) hat am 11. 8. 1924 dahin entschieden, daß eine solche Kündigung eine unbillige Härte darstelle, wenn dem Arbeitnehmer nicht eine verminderte Leistungsfähigkeit nachgewiesen werden könne und auch sonst nicht die Notwendigkeit einer Entlassung vorliege.

Es wird immer geprüft werden müssen, ob die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers — ohne Rücksicht auf sein Lebensalter — nicht mehr billigen Anforderungen entspricht und dem Arbeitgeber die Beibehaltung dieses Arbeitnehmers noch zuzumuten ist. Wenn die Kündigung im Sinn des § 84 I 4 BRG. gerechtfertigt sein soll, so muß, wie das LAG. Leipzig[2]) in in einer Entscheidung vom 19. 9. 1927 zutreffend ausgeführt hat, irgend eine nennenswerte Veränderung gegenüber dem früheren Zustand eingetreten sein.

Schwierig ist die Frage zu beantworten, ob einer Arbeitnehmerin bei ihrer Verheiratung gekündigt werden kann, ohne daß die Kündigung als eine unbillige Härte erscheint. Die Verheiratung der Arbeitnehmerin berechtigt den Arbeitgeber sicherlich nicht zur fristlosen Lösung des Vertragsverhältnisses.[3]) Das LAG. Berlin[4]) sieht aber die Eheschließung einer weiblichen Angestellten grundsätzlich als ein „Verhalten" an, das die Kündigung bedingt. Das LAG. führt aus, daß die verheiratete Angestellte im Erwerbsleben zugunsten derjenigen Angestellten zurücktreten müsse, die allein ihren Lebensunterhalt verdienen müßten. Diese Erwägung muß aber nach meiner Ansicht für die Beurteilung der Frage, ob das Verhalten des Arbeitnehmers die Kündigung bedingt, ausscheiden. Es ist gewiß sozial billigenswert, keine „Doppelverdiener" zu schaffen. Allein hier müßte eine besondere Gesetzgebung eingreifen, auf dem Umweg über § 84 I 4 BRG. ist eine Ausschaltung von Doppelverdienern nicht möglich. Das LAG. Jena[5]) sagt in seiner Entscheidung vom 7. 1. 1930 mit Recht, daß jemandem nicht lediglich deshalb, weil er Doppelverdiener sei, der Schutz des § 84 I 4 BRG. entzogen werden könne.

---

[1]) Arb.-R. 1924, 471.
[2]) Bensh. Slg. 1, 266.
[3]) So auch Hueck I S. 287.
[4]) Entscheidung v. 18. 2. 1929 Bensh. Slg. 8, 12.
[5]) Arb.-Ger. 1931, 139.

Auch die nachfolgenden weiteren Erwägungen des LAG. Berlin in der oben erwähnten Entscheidung treffen nach meiner Ansicht nicht das Richtige. Mit der Eheschließung der Frau sind im allgemeinen nicht ohne weiteres erhebliche Störungen in der Berufstätigkeit verbunden. Wenn aber eine unbillige Härte bei der Kündigung ausgeschlossen sein soll, müssen irgendwelche nennenswerten Veränderungen in Bezug auf die Leistungen gegenüber dem früheren Zustand eingetreten sein. Solange also die Leistungen der Frau seit der Eheschließung nicht erheblich zurückgehen, wird der Arbeitgeber ohne Vermeidung einer unbilligen Härte nicht kündigen können. Die Eheschließung allein kann hiernach die Kündigung nicht bedingen.

Auch wenn weibliche Arbeitnehmer durch Schwangerschaft gehindert werden, ihren Dienstverpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen, wird eine fristlose Kündigung wohl in keinem Fall gerechtfertigt sein. Eine fristgemäße Kündigung wird aber auch in der Regel als eine unbillige Härte erscheinen, weil nach Art. 119 Abs. 3 der Reichsverfassung die Mutterschaft besonderen Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staates hat. Dabei ist es gleich, ob die Mutter ehelich oder außerehelich geboren hat, denn nach Art. 121 der Reichsverfassung sollen für die unehelichen Kinder die gleichen Bedingungen geschaffen werden wie für die ehelichen. Das Gericht wird daher immer prüfen müssen, ob es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist, die Arbeitnehmerin auch während der Schwangerschaft weiter zu beschäftigen. Für gewisse Berufe wird das natürlich ausgeschlossen sein, wie das LAG. Duisburg[1]) mit Recht ausführt, so z. B. bei Vorführungsdamen.

Zusammenfassend ergibt sich aus diesen Beispielen, daß der Arbeitgeber wegen mangelhafter Leistung in der Regel nur dann kündigen darf, wenn die Leistungen in nennenswertem Umfang zurückgegangen sind, einerlei ob mit oder ohne Verschulden des Arbeitnehmers.

Im Folgenden sollen nun weitere Beispiele angeführt werden, in welchen Fällen die Führung des Arbeitnehmers die Kündigung bedingen kann.

Der Arbeitnehmer muß sich während der Dienstzeit im Betrieb einwandfrei führen. Ist seine Führung jedoch so, daß er sich in die Betriebsgemeinschaft nicht einzufügen vermag, so ist dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten. Wenn sich z. B. ein Arbeitnehmer gegen seine

[1]) Entscheidung v. 18. 7. 1929 Bensh. Slg. 7, 59.

Mitarbeiter ungehörig benimmt oder sogar ihre Sachen verdirbt, so wird eine fristgemäße Kündigung keine unbillige Härte bedeuten.[1]) Auch seinen Vorgesetzten gegenüber muß der Arbeitnehmer die Achtung haben, die sein Arbeitsverhältnis bedingt. Er darf also seine Vorgesetzten nicht irgendwie beleidigen oder an der Ehre kränken. Eine Tätlichkeit oder eine grobe Beleidigung gegen die Vorgesetzten würde den Arbeitgeber zu einer fristlosen Kündigung berechtigen. Beleidigungen, denen mit einer fristlosen Kündigung nicht zu begegnen ist, können jedoch eine fristgemäße Kündigung rechtfertigen, wenn dadurch das Vertrauensverhältnis, das zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber oder dessen Vertreter bestehen soll, erschüttert wird.

Zur einwandfreien Führung des Arbeitnehmers gehört es auch, daß er ehrlich ist und sich nicht Betriebsmaterial zueignet. Ein bloßer Diebstahls v e r d a c h t wird allerdings nicht genügen, um eine unbillige Härte bei der Kündigung auszuschließen.[2]) Wenn sich der Fall nicht aufklären läßt, so wird eine Kündigung in der Regel eine unbillige Härte darstellen, da nach den besprochenen Regeln der Beweislast in diesem Falle Zweifel zu Lasten des Arbeitgebers gehen. Macht sich jedoch der Arbeitnehmer eines Diebstahls, einer Entwendung, einer Unterschlagung oder eines Betrugs schuldig, so ist der Arbeitgeber zur fristlosen Entlassung berechtigt. Dieser Fall kann daher nicht Gegenstand der weiteren Untersuchung sein.

Der Arbeitnehmer darf sich auch keine sonstigen Verstöße gegen die bestehende Arbeitsordnung zu schulden kommen lassen. Häufig wird auch in solchen Fällen eine fristlose Entlassung gerechtfertigt sein. Das wird z. B. dann der Fall sein, wenn der Arbeitnehmer sich beharrlich weigert, sich der in der Arbeitsordnung für zulässig erkannten Torkontrolle (Leibesvisitation) zu unterziehen. Es ist wohl allgemein anerkannt, daß eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, sich dieser Kontrolle zu unterwerfen, besteht, wenn sie durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag festgesetzt ist.[3])

Es fragt sich nun, ob die Kündigung eine unbillige Härte darstellt, wenn eine vertragliche Regelung dieser Frage nicht getroffen ist. Fuchs[4]) ist der Ansicht, daß der Arbeitnehmer

[1]) So Gew.-Ger. Köln ohne Datum, Arb.-R. 1927, 834.
[2]) So auch Warncke, Neue Arb.-R.-Kartei II b.
[3]) So RAG. Bensh. Slg. 6, 215, zustimmend Hueck in Anm. und im Lehrbuch S. 157; Kaskel S. 112.
[4]) S. 29 ff.

sich auch ohne besondere Vereinbarung eine Leibesvisitation gefallen lassen muß. Dieser Ansicht möchte ich jedoch in vollem Umfang nicht beitreten. Die körperliche Durchsuchung ist nämlich eine Maßnahme, die in die persönliche Freiheit des Arbeitnehmers eingreift und die dem Arbeitnehmer m. E. auch aus dem Gesichtspunkt des § 242 BGB. in der Regel nicht zuzumuten ist. Ich möchte aber mit Hueck[1]) annehmen, daß eine ausdrückliche Vereinbarung dann nicht erforderlich ist, wenn in bestimmten Gegenden oder in bestimmten Betrieben eine abweichende Verkehrssitte besteht. Wenn daher weder eine vertragliche Regelung der Torkontrolle noch eine entsprechende Verkehrssitte besteht, und einem Arbeitnehmer gekündigt wird, weil er sich weigerte, sich körperlich durchsuchen zu lassen, so wird in diesen Fällen die Kündigung in der Regel eine unbillige Härte bedeuten.

Es gehört auch zur einwandfreien Führung, daß der Arbeitnehmer pünktlich im Dienst ist. Bleibt er vom Dienst weg, ohne sich ausreichend und rechtzeitig zu entschuldigen, so wird in der Regel dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zuzumuten sein, auch wenn eine fristlose Kündigung nicht gerechtfertigt ist. Die Kündigung wird daher keine unbillige Härte bedeuten.

Es wird nun zu erörtern sein, ob der Arbeitgeber bei Arbeitsverweigerung eines Arbeitnehmers in der Lage ist, dem betreffenden Arbeitnehmer zu kündigen, ohne sich einem berechtigten Einspruch auszusetzen. Wenn eine beharrliche Arbeitsverweigerung vorliegt, so ist der Arbeitgeber nach § 123 Ziff. 3 Gew.-O. zur fristlosen Kündigung berechtigt. Es wird daher zu untersuchen sein, ob auch die Arbeitsverweigerung, die noch kein Recht des Arbeitgebers zur fristlosen Kündigung begründet, doch die Kündigung unter dem Gesichtspunkt des § 84 I 4 BRG. als gerechtfertigt erscheinen läßt. Das Gericht wird bei einer Kündigung wegen Arbeitsverweigerung immer zu untersuchen haben, aus welchem Grund der Arbeitnehmer die Leistung der Arbeit verweigert.

Es fragt sich z. B., ob der Arbeitnehmer auch andere Arbeit verrichten muß als die bei der Einstellung vereinbarte. Grundsätzlich ist hierzu zu sagen, daß der Arbeitnehmer nur zu der Tätigkeit verpflichtet ist, die er vertraglich übernommen hat.[2]) Wenn aber eine besondere Notlage auf seiten des Arbeitgebers

[1]) S. 157.
[2]) So auch Kaskel S. 111.

vorliegt und es sich nur um eine vorübergehende Beschäftigung handelt, so wird der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben auch verpflichtet sein, diese Arbeit zu leisten. Dieser wohl herrschenden Ansicht, die auch von Hueck[1]) vertreten wird, möchte ich beitreten. Es muß sich natürlich um eine Arbeit handeln, die dem Arbeitnehmer auch zugemutet werden kann. Das Reichsgericht hat den Kreis der zumutbaren Arbeiten z. B. für Handlungsgehilfen sehr weit gezogen[2]); das ist daraus zu erklären, daß der Handlungsgehilfe enger mit dem Unternehmen verbunden ist als etwa ein Arbeiter. Weigert sich ein Arbeitnehmer, in Notfällen vorübergehend andere als im Arbeitsvertrag vereinbarte und ihm auch zumutbare Arbeit zu verrichten, so wird bei einer beharrlichen Weigerung die fristlose Entlassung berechtigt sein, sodaß das Einspruchsrecht ohne weiteres entfällt. Bei einer einmaligen Weigerung des Arbeitnehmers wird in solchen Fällen eine fristgemäße Kündigung nicht als unbillige Härte erscheinen.

Es ist weiterhin auch die Frage aufzuwerfen, ob dem Arbeitnehmer als „andere Arbeit" auch die Leistung von „Streikarbeit" zugemutet werden kann. Der Streik ist ein anerkanntes Kampfmittel der Arbeitnehmer gegen die Arbeitgeber. Man kann es dem Arbeitnehmer deshalb nicht verübeln, wenn er seinen streikenden Kameraden den Arbeitskampf nicht erschweren will. Wenn der Arbeitnehmer eine Arbeit verrichten soll, die bisher von einem Streikenden besorgt wurde, so wird sich bei Arbeitsverweigerung die Kündigung als eine unbillige Härte darstellen.[3]) So haben denn auch der Schla. München-Stadt[4]) und das Kaufmannsgericht Leipzig[5]) in solchen Fällen den Einspruch der Arbeitnehmer für begründet erklärt.

Für die Beurteilung der Führung des Arbeitnehmers ist auch die Frage von Bedeutung, ob und in welcher Form der Arbeitnehmer seine Rechte gegenüber dem Arbeitgeber wahrnehmen darf. Wenn der Arbeitnehmer ein wirkliches oder vermeintliches Recht in ungehöriger Form verteidigt, so wird in der Regel die zulässige Rechtsverteidigung überschritten sein. Handelt es sich hierbei um eine grobe Beleidigung des Arbeitgebers, so wird diesem das Recht der fristlosen Entlassung zu-

[1]) S. 134.
[2]) RG. LZ. 1913, 475.
[3]) So Flatow, Komm. § 84 I 4 Anm. 12, Hueck S. 135 und Kaskel S. 112.
[4]) Entscheidung v. 28. 5. 1921 Schli.-W. 1921, 152.
[5]) Entscheidung v. 17. 3. 1924 Gew.- u. Kfm.-Ger. 29, 205.

stehen. In anderen Fällen wird der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, der sein Recht in ungehöriger Form verteidigt, fristgemäß kündigen können, ohne daß eine unbillige Härte vorliegt.

Wenn der Arbeitnehmer ein ihm nicht zustehendes Recht verteidigt, an das er aber glaubt, so wird auch in diesem Fall unter Umständen eine fristlose Entlassung gerechtfertigt sein. Wenn z. B. der Arbeitnehmer die Aufnahme der Arbeit beharrlich verweigert, aber bei sorgfältiger Überlegung hätte erkennen müssen, daß sein Rechtsstandpunkt nicht begründet war, so wird in der Regel eine fristlose Entlassung berechtigt sein.[1]) Befand sich aber der Arbeitnehmer in diesem Fall in einem unverschuldeten Irrtum über seinen Rechtsstandpunkt, so wird eine fristgemäße Lösung des Arbeitsverhältnisses m. E. keine unbillige Härte bedeuten. Die Grenzen der Rechtsverteidigung werden überschritten, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung beharrlich verweigert, sodaß dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann.

Es fragt sich ferner, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsvertrages zugemutet werden kann, wenn der Arbeitnehmer sich weigert, Überstunden zu leisten. Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, über die Dauer der festgesetzten Arbeitszeit hinaus zu arbeiten, ergibt sich nicht aus § 3 der Verordnung über die Arbeitszeit. Das ist wohl herrschende Meinung.[2]) Die Verpflichtung zur Leistung von Überstunden kann sich aber aus der Auslegung des Arbeitsvertrages im Hinblick auf § 242 BGB. ergeben. Insbesondere wird der Arbeitnehmer dann zur Leistung von Überstunden verpflichtet sein, wenn eine besondere Notlage schnelle Erledigung einer Arbeit erfordert. Wenn die Verpflichtung zu bejahen ist, so gibt die Verweigerung in der Regel dem Arbeitgeber das Recht zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers. Wenn eine fristlose Kündigung in Berücksichtigung der besonderen Umstände nicht gerechtfertigt ist, so bedeutet die fristgemäße Kündigung in solchem Fall aber keine unbillige Härte, weil dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist, weiter mit solchen Arbeitnehmern zu arbeiten, die ihn in einer Notlage im Stich gelassen haben.

Ebenso wie die dienstliche Führung kann auch die außerdienstliche Führung des Arbeitnehmers ein Verhalten darstellen, das die Kündigung bedingt. Das Verhalten muß aber mit dem Arbeitsvertrag in irgendeinem Zusammenhang stehen.

[1]) Vgl. Hueck, Bensh. Slg. 6, 381 Anm.
[2]) Vgl. Kaskel S. 217, Hueck S. 138; LAG. Kassel v. 24. 3. 1928 Bensh. Slg. 5, 222; LAG. Gleiwitz v. 18. 4. 1928 Bensh. Slg. 5, 173.

So wurden Arbeitnehmer entlassen, weil sie angeblich einen Arbeitskollegen, der einer anderen politischen Richtung angehört, auf dem Heimweg verprügelt haben sollten. In diesem Fall hat sich der Schla. Groß-Berlin[1]) nur auf die Feststellung beschränkt, daß durch dieses Verhalten der Arbeitnehmer der Arbeitsvertrag in keiner Weise berührt werde, und hat aus diesem Grund den Einspruch für begründet erklärt. Mit Recht, denn solche Vorgänge können die Stellung der Arbeitnehmer zum Arbeitgeber nicht beeinflussen.

Manche Vorfälle außerhalb des Betriebs sind jedoch für das Arbeitsverhältnis von Bedeutung. Wenn z. B. der Arbeitnehmer nicht Arbeitskollegen, sondern seinen Arbeitgeber oder dessen Vertreter außerhalb des Betriebs beleidigt, so wird die Kündigung keine unbillige Härte bedeuten.[2]) Denn durch ein solches Verhalten der Arbeitnehmer wird das Arbeitsverhältnis in erheblicher Weise berührt. Das Vertrauensverhältnis, das zwischen dem Arbeitnehmer einerseits und dem Arbeitgeber oder dessen Vertreter andererseits besteht, wird durch eine solche Handlungsweise erschüttert. Der Arbeitnehmer hat dann das Recht verwirkt, weiter Mitglied des Betriebs zu sein.

Führt der Arbeitnehmer außerdienstlich einen anstößigen Lebenswandel, so wird dieser Umstand allein zur Rechtfertigung der Kündigung nicht genügen. Es muß vielmehr in einem solchen Fall dargetan werden, daß der Arbeitnehmer durch seinen Lebenswandel das Ansehen des Betriebs schädigt. Dieser Nachweis wird jedoch nur selten zu erbringen sein. Der Schla. Frankfurt/M.[3]) führt mit Recht aus, daß z. B. ehewidriges Verhalten des Arbeitnehmers der Kündigung nicht das Merkmal der Unbilligkeit nimmt. Wenn jedoch dem Arbeitnehmer ein liederlicher Lebenswandel nachgewiesen werden kann, so berechtigt dies nach § 123 Ziff. 2 Gew.-O. den Arbeitgeber zur fristlosen Entlassung.

Von Bedeutung ist auch die Frage, ob dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung eines vorbestraften Arbeitnehmers zuzumuten ist. Bei der Prüfung dieser Frage wird zunächst die Art des Vergehens zu berücksichtigen sein. Ist z. B. ein Arbeitnehmer einmal wegen Körperverletzung bestraft, so wird dadurch das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht ohne weiteres zerstört, wenn der Arbeitnehmer sich im Betrieb einwandfrei führt.

[1]) Entscheidung v. 5. 9. 1923 Mbl. Schla. Bln. 1923, 231.
[2]) Anders Schla. Groß-Berlin v. 24. 11. 1920 Mbl. Schla. Bln. 1921, 218.
[3]) Entscheidung v. 23. 1. 1923 Schli.-W. 1923, 31.

So wurde z. B. ein Postaushelfer entlassen, weil er vor zwanzig Jahren einmal wegen Diebstahls bestraft war. Das Postamt hatte von dieser Strafe auch nur durch ein Versehen der Strafregisterbehörde erfahren, da die Strafe bereits gelöscht war. Der Schla. Berlin[1]) hat in diesem Fall mit Recht den Einspruch für begründet erklärt.

Wenn der Arbeitnehmer jedoch bei der Einstellung trotz ausdrücklichen Befragens seine Vorstrafen verschwiegen hat, so wird die Kündigung wegen dieser Vorstrafen keine unbillige Härte bedeuten. Hier hat der Arbeitnehmer von vornherein falsche Angaben gemacht und damit das Vertrauen des Arbeitgebers getäuscht. In der Regel wird in einem solchen Fall eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sein. Wenn die besonderen Umstände des Falles eine fristlose Kündigung nicht zulassen, so liegt bei einer fristgemäßen Kündigung in der Regel wohl keine unbillige Härte vor.

§ 7.

Die „Betriebsverhältnisse" in § 84 I 4 BRG.

Ebenso wie das Verhalten des Arbeitnehmers können auch die Betriebsverhältnisse die Kündigung bedingen, sodaß der Einspruch versagen muß. Das Wort „Betriebsverhältnisse" läßt nun allerdings eine sehr weitgehende Auslegung zu. Alles, was mit dem Betrieb irgendwie in Zusammenhang zu bringen ist, wird man unter diesem Ausdruck begreifen können. Hier sind nicht nur etwa finanzielle, sondern auch organisatorische und technische Momente zu berücksichtigen.[2])

Es ist daher Bendix[3]) durchaus zuzustimmen, daß sich kaum eine Kündigung denken läßt, die nicht aus den Verhältnissen des Betriebes heraus vorgenommen wurde. Der Richter muß jedoch nach dem Wortlaut des Gesetzes prüfen, ob die Betriebsverhältnisse die Kündigung b e d i n g e n. Nicht jede Kündigung also, die aus irgendwelchen betrieblichen Gründen vorgenommen wurde, kann den Einspruch wegen unbilliger Härte ausschließen.

Bei der Prüfung, ob eine Kündigung durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist, ist neben dem Interesse des Betriebes auch das Interesse des einzelnen Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Es ist stets zu untersuchen, ob die Kündigung

[1]) Entscheidung v. 18. 11. 1920 Mbl. Schla. Bln. 1921, 185.
[2]) So auch Mansfeld, N. Z. f. A. 1931, 427 und Jadesohn, N. Z. f. A. 1931, 346.
[3]) Arbeitsrechtspraxis 1930, 33.

gerade dieses Arbeitnehmers notwendig war. Die Frage der Auswahl bei Kündigungen war in § 4 ausführlich zu behandeln.

Das Betriebsinteresse darf natürlich nicht, wie Jadesohn[1]) zutreffend ausführt, ein Interesse sein, das der einzelne Unternehmer ohne Rücksicht auf Gedeih und Verderb des Betriebes hat. Es ist vielmehr das Interesse maßgebend, das ein verantwortungsbewußter Arbeitgeber an seinem Betrieb hat. Die Interessen des Gekündigten werden manchmal vor den Interessen des Betriebes zurücktreten müssen. Es gibt Fälle, in denen der Einzelne persönliche Opfer bringen muß, damit der Betrieb gesund und leistungsfähig bleibt. Diese Folgerung liegt auch durchaus im Sinne des Betriebsrätegesetzes.

Es entsteht nun auch hier die Frage, wie das Wort „bedingen" ausgelegt werden muß. Es liegt kein Grund vor, dem Wort eine andere Auslegung zu geben als die vorhin in § 6 gefundene. Es ist dort ausgeführt und näher begründet, daß das Verhalten des Arbeitnehmers dann die Kündigung bedingt, wenn dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. So wird man auch hier sagen können, daß die Kündigung dann durch die Betriebsverhältnisse bedingt ist, wenn dem Arbeitgeber die Beibehaltung des Arbeitnehmers unter Berücksichtigung der besonderen Betriebsverhältnisse nicht mehr zugemutet werden kann. Auch hier ist der Begriff der Zumutbarkeit noch zu klären.

Bendix ist der Auffassung, daß der Einspruchsgrund nur dann versagt, wenn der Arbeitgeber sich ausschließlich von den Verhältnissen des Betriebes zur Kündigung bestimmen läßt[2]). Bei Kündigungen, die aus betrieblichen Gründen vorgenommen wurden, wäre eine unbillige Härte nur dann nicht gegeben, wenn der Zusammenbruch des Unternehmens dicht bevorstände. Diese Lehre von Bendix hat im Schrifttum lebhaften Widerspruch erregt. So haben sich vor allem Mansfeld und Jadesohn ausführlich mit den Bendix'schen Gedankengängen auseinandergesetzt. In der Rechtsprechung hat sich die Lehre von Bendix bis jetzt nicht durchgesetzt. Von den veröffentlichten Entscheidungen ist mir keine bekannt, die der Ansicht von Bendix folgt.

Die Auslegung, die Bendix vornimmt, ist als zu eng und nicht dem Geist des Betriebsrätegesetzes entsprechend ab-

[1]) N. Z. f. A. 1931, 349.
[2]) Arbeitsrechtspraxis 1930, 34.

zulehnen. Es steht nichts davon im Gesetz, daß der Einspruchsgrund bei einer Kündigung, die aus betrieblichen Gründen vorgenommen wurde, nur versagt, wenn der Arbeitgeber durch den drohenden Zusammenbruch des Betriebes dazu gezwungen wird. Eine so weitgehende Ausdehnung des Einspruchrechtes hätte aber der Gesetzgeber andeuten müssen.

Die Begründung, die Bendix aus dem Vergleich des § 84 I 4 BRG. mit dem § 85 II 2 BRG. gewinnt, erscheint nicht stichhaltig. Bendix führt zu § 85 BRG. aus, daß der Gesetzgeber zwei Ausnahmen von dem Einspruchsrecht bei betriebsbedingten Kündigungen zulassen wolle, nämlich einmal bei der gänzlichen oder teilweisen Stillegung des Betriebes und dann bei seinem wirtschaftlichen Zusammenbruch. In § 85 BRG. sind die Fälle angeführt, in denen das Recht des Einspruchs nicht besteht. Wäre Bendix im Recht, so müßte auch unter § 85 BRG. erwähnt sein, daß das Recht des Einspruchs bei einem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Betriebes ausgeschlossen sei.

Bendix führt jedoch weiter zur Begründung seiner Auffassung Fälle an, in denen die Arbeitgeber es nicht zu Einspruchsklagen haben kommen lassen, sondern freiwillig den Arbeitnehmern eine Entschädigung gezahlt haben. So habe die Deutsche Bank und Diskontogesellschaft bestimmt, daß bei ihrer Fusion Einspruchsklagen nach dem Betriebsrätegesetz möglichst vermieden werden sollten. Auch diese Begründung schlägt nicht durch. Mansfeld führt dazu zutreffend aus, daß geschickte Prozeßvertreter, wenn sie die ihnen ungünstige Einstellung des Gerichts kennen, von vornherein zu einem Vergleich bereit seien, ohne aber damit ihre Rechtsauffassung aufzugeben.[1]) Auch eine andere Erwägung führt zu einer Ablehnung dieser Begründung. Wenn die Großbanken bei ihrer Fusion ihren Angestellten eine Entschädigung gezahlt haben, so kann das ebenso gut aus sozialen wie aus rechtlichen Gründen geschehen sein. Es erscheint daher bedenklich, aus diesen Tatsachen auf das Rechtsbewußtsein der beteiligten Arbeitgeber zu schließen.

Mansfeld weist mit Recht darauf hin, daß diese Auslegung von Bendix zu einem unhaltbaren Ergebnis führt. Das zeigt sich auch dann, wenn man unter Berücksichtigung der Bendix'schen Lehre prüft, wann das Verhalten des Arbeitnehmers

[1]) N. Z. f. A. 1930, 290.

die Kündigung bedingt. Folgt man der Ansicht von Bendix, so würde, wie Mansfeld mit Recht hervorhebt, nur ein Verhalten die Kündigung bedingen, dem ausschließlich mit einer Entlassung zu begegnen wäre. Dann würden unter Umständen nicht einmal Gründe zur fristlosen Entlassung die unbillige Härte ausschließen. Das ist aber, wie schon nachzuweisen war, ein offenbar unrichtiges Ergebnis.

Die Auffassung von Bendix muß zu einem unhaltbaren Ergebnis führen, da sie sich auf Erwägungen gründet, die dem Sinn und Geist des Betriebsrätegesetzes zuwiderlaufen. Bendix führt aus, daß die Betriebsverhältnisse nur dann die Kündigung bedingen, „wenn dem Arbeitnehmer unter den wirtschaftlichen Verhältnissen bitterster Not das Opfer seiner Stellung sozialpolitisch zugemutet werden muß".[1])

Man darf hier nicht allein auf die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers abstellen, sondern muß auch das wohlverstandene Interesse des Betriebes in Betracht ziehen. Es war schon öfter auszuführen, daß das Betriebsrätegesetz den wirtschaftlichen Aufbau eines Betriebes nicht hemmen soll. Das ist aber nur dann möglich, wenn nicht einseitig die Interessen des einzelnen Arbeitnehmers in den Vordergrund gestellt werden.[2])

Ebenso ist es auch unrichtig, wenn Bendix davon spricht, daß dem Arbeitnehmer bei seinem Ausscheiden aus dem Betrieb ein „dürftiges Schmerzensgeld" gezahlt werden müsse. Eine ähnliche Auffassung wie Bendix hat Gürteler[3]); nach seiner Ansicht kommt es bei der Prüfung der Verhältnisse des Betriebes ausschließlich darauf an, ob die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betriebes einen entschädigungslosen Abbau rechtfertigt oder nicht.

Das Arb.-G. Berlin[4]) hat in einem Fall einer Sanierung ähnlich dahin entschieden, daß die Sanierung nicht dadurch beeinträchtigt oder gestört werde, daß noch zu den Verbindlichkeiten die verhältnismäßig geringen Entschädigungssummen dazukämen. Potthoff[5]) spricht mit Recht seine Bedenken dagegen aus, daß das Arbeitsgericht bei seiner Entscheidung lediglich die Tragbarkeit einer Abgangsentschädigung in Er-

[1]) Arbeitsrechtspraxis 1930, 34.
[2]) Ähnlich auch Herschel, Kartei II.
[3]) Komm. Anm. 18.
[4]) Entscheidung v. 21. 10. 1929 J. W. 1930, 294.
[5]) J. W. 1930, 490 Anm.

wägung zieht. Auch Jadesohn[1]) und Mansfeld[2]) kämpfen gegen diese Betrachtungsweise. Mit Recht. Stellt das Gericht fest, daß die Verhältnisse des Betriebes die Kündigung bedingen, so kann es unmöglich den Arbeitgeber mit Rücksicht darauf verurteilen, daß für den Betrieb eine Geldentschädigung tragbar ist. Solche Erwägungen sind abwegig.

Das Einspruchsrecht soll in erster Linie dazu dienen, den Arbeitnehmer seinem Betrieb möglichst lange zu erhalten. Die Bestimmung des § 84 I 4 BRG. hat nicht den Sinn, jedem Arbeitnehmer bei dem Ausscheiden aus dem Betrieb ein Schmerzensgeld zu vermitteln. Der Richter muß vielmehr prüfen, ob dem Betrieb eine Weiterbeschäftigung des gekündigten Arbeitnehmers zuzumuten ist, indem er die Interessen des Betriebes und die des gekündigten Arbeitnehmers gegeneinander abwägt.

Herschel[3]) hebt auch mit Recht hervor, daß es zu einem widersinnigen Ergebnis führt, wenn das Gericht feststellt, daß die Betriebsverhältnisse die Kündigung bedingen, daß also die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber nicht zumutbar ist, und trotzdem zu einem verurteilenden Erkenntnis kommt. Denn in diesem Fall würden Tenor und Urteilsgründe in Widerspruch stehen.

De lege lata handelt es sich bei dem Einspruchsverfahren in erster Linie um die Frage der Weiterbeschäftigung und nur für den Fall der Ablehnung um die Zahlung einer Geldentschädigung. Wer dies außer acht läßt, verstößt gegen Wortlaut und Sinn des Betriebsrätegesetzes. Auch hieraus ergibt sich, daß die Auffassung von Bendix abgelehnt werden muß.

Es fragt sich nun, inwieweit die Gerichte prüfen dürfen, ob die Kündigung notwendig, das heißt also, ob die Kündigung durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt ist. Mansfeld ist der Ansicht, daß es nicht die Aufgabe der Arbeitsgerichte sein könne, wirtschaftliche Maßnahmen auf ihre wirtschaftliche Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit zu prüfen.[4]) Dieser Ansicht möchte ich nicht ganz zustimmen. Das Gericht wird prüfen dürfen, ob die angeblich durch die Betriebsverhätnisse bedingte Kündigung erforderlich war und dabei die vorgetragenen Tatsachen gebührend berücksichtigen müssen.

---

[1]) N. Z. f. A. 1931, 348.
[2]) N. Z. f. A. 1930, 294.
[3]) Kartei II.
[4]) N. Z. f. A. 1931, 431.

So wird es in Widerspruch stehen, wenn der Arbeitgeber vorträgt, ein Abbau sei notwendig und es andererseits aber feststeht, daß während des größten Teils der letzten Monate Überstunden gemacht worden sind. Das Kaufmannsgericht Frankfurt M. hat in seiner Entscheidung vom 9. 12. 1925[1]) zutreffend ausgeführt, daß hier die Kündigung aller Kläger bei normaler Arbeitszeit nicht nötig gewesen wäre. Dieses Urteil entspricht auch dem Sinn des Betriebsrätegesetzes.

Das Arbeitsgericht muß aber vermeiden, in das Direktionsrecht des Arbeitgebers einzugreifen. Das LAG. Berlin hat in der Entscheidung vom 7. 1. 1930[2]) mit Recht festgestellt, daß es zu dem der Nachprüfung des Gerichts entzogenen Direktionsrecht des Arbeitgebers gehört, darüber zu entscheiden, ob einem Arbeitsmangel durch Verkürzung der Arbeitszeit oder durch Entlassungen abgeholfen werden soll. Einer entgegenstehenden Entscheidung des Arb.-G. Neugersdorf vom 11. 2. 1926[3]) kann nicht zugestimmt werden. Es muß grundsätzlich dem Arbeitgeber die Entscheidung darüber zustehen, ob er bei einem Arbeitsmangel Kurzarbeit oder Entlassungen für nötig hält. Der Unternehmer ist verantwortlich für den Betrieb und seine Leitung, in diese Rechte darf daher nicht eingegriffen werden.

Im Folgenden werden nun einzelne Fälle zu besprechen sein, wo die Betriebsverhältnisse zu einer Kündigung führen können. In den angeführten Fällen wird vorausgesetzt, daß der Arbeitgeber die Auswahl nach den in § 4 besprochenen Grundsätzen durchgeführt hat.

Es ist wohl, wie eingangs ausgeführt wurde, im Schrifttum und in der Rechtsprechung unbestritten, daß das Einspruchsrecht dann versagt, wenn der Betrieb in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten ist, die seinen Fortbestand in Frage stellen.[4])

Dem Arbeitgeber kann durch das Betriebsrätegesetz nicht das Recht genommen sein, möglichst billig zu produzieren und zu diesem Zweck alle notwendigen Maßnahmen zu treffen. Aus diesen richtigen Erwägungen hat das LAG. Berlin am 7. 3. 1930[5]) dahin entschieden, daß eine Arbeiterentlassung zum Zweck der

---

[1]) Hans. Ger.-Ztg. Arb.-R. 1926, 38.
[2]) Arb.-R. u. Schl. 1930, 88.
[3]) B.-R.-Ztschr. Metallindustrie 1926, Nr. 19.
[4]) So Arb.-G. Bautzen v. 3. 12. 1930 Arb.-G. 1931, 203.
[5]) Sammlung Vereinigung 1930, 468.

Verbilligung der Betriebsführung durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt sei.

Auch dann, wenn Auftragsmangel zu Betriebseinschränkungen nötigt, wird bei den aus diesem Grund erfolgten Kündigungen keine unbillige Härte vorliegen.[1]) Daß eine Betriebseinschränkung erfolgt ist, zeigt sich am deutlichsten daraus, daß die Arbeitsplätze der Gekündigten nicht neu besetzt werden. Priebe[2]) geht aber zu weit, wenn er ausführt, daß die Anwendung des § 84 I 4 BRG. auf Fälle beschränkt sei, bei denen der Arbeitgeber kündige, um an Stelle des Entlassenen einen neuen Arbeitnehmer einzustellen. Ein Einspruch kann auch dann begründet sein, wenn anstelle des entlassenen Arbeitnehmers kein neuer Arbeitnehmer eingestellt wird. Der Einspruch kann sich z. B. darauf stützen, daß der Arbeitgeber die zu Kündigenden unrichtig ausgewählt habe. Diese Frage war in § 4 ausführlich zu besprechen.

Werden anstelle der Entlassenen neue Arbeitskräfte an deren Arbeitsplatz gestellt, so wird die Kündigung der Arbeitnehmer in der Regel wohl eine unbillige, nicht durch die Verhältnisse des Betriebes bedingte Härte darstellen.

Muß ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer aber entlassen, weil dessen Arbeitsposten wegfällt, so ist er sicher nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer für eine andere Stelle in seinem Betrieb auszubilden, um ihn so weiterbeschäftigen zu können. Lange[3]) weist in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hin, daß die Betriebe Erwerbsunternehmungen, aber keine Ausbildungsstätten seien.

Auch bei einer Fusion verschiedener Firmen, die Betriebseinschränkungen nach sich zieht, werden oft Kündigungen ausgesprochen. Solche Verschmelzungen mehrerer Betriebe können auch zur Erhöhung der Wirtschaftlichkeit die Entlassung von Arbeitnehmern bedingen. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung herrscht fast Einigkeit darüber, daß in derartigen Fällen der Einspruch wegen unbilliger Härte versagen muß. In diesem Sinn hat auch der Schla. Groß-Berlin[4]) am 22. 2. 1923 entschieden. Aus den bereits eingangs dargelegten Gründen muß der herrschenden Meinung beigetreten werden.

---

[1]) So LAG. Gleiwitz v. 15. 10. 1930, Arb.-Ger. 1931, 67, und Gew.-Ger. Berlin v. 29. 6. 1925, Bl. f. Arb.-R. 1926, 81.

[2]) Schli.-W. 1925, 44 und Gew.- u. Kfm.-Ger. 31, 239.

[3]) Schli.-W. 1926, 65.

[4]) Mbl. Schla. Bln. 1923, 68.

Ebenso wie bei einer Fusion liegen auch die Verhältnisse bei einer Sanierung des Betriebes. Die Sanierung wird deshalb vorgenommen, um den Betrieb wirtschaftlicher zu gestalten. Es wäre verfehlt, wollte ein Arbeitsgericht den Einspruch der aus solchem Anlaß gekündigten Arbeitnehmer stattgeben. Dadurch würde die Sanierung vereitelt und der Versuch, das Unternehmen wirtschaftlicher zu gestalten, im Keim erstickt. Es kann nicht der Sinn des Betriebsrätegesetzes sein, den wirtschaftlichen Aufbau eines Betriebes zu hemmen. Aus diesen Erwägungen kann dem Urteil des Arb.-G. Berlin vom 21. 10. 1929[1]) nicht zugestimmt werden. Dort wird ausgeführt, nicht die Verhältnisse des Betriebes, sondern der Sanierungszweck habe die Kündigung bedingt. Potthoff sagt in einer Anmerkung zu diesem Urteil mit Recht, wenn ein Unternehmen aus wirtschaftlichen Gründen zur Sanierung gezwungen sei, so sei diese Notwendigkeit sicher als Betriebsverhältnis anzuerkennen, das die Kündigung bedinge.

Auch in den Fällen der Rationalisierung wird die in der Kündigung liegende Härte nicht unbillig sein, denn sie ist durch die Betriebsverhältnisse bedingt. Wird eine Arbeitskraft daher infolge einer zweckmäßigeren Einteilung des Betriebes entbehrlich, so wird ein Einspruch wohl keinen Erfolg haben.[2]) Voraussetzung ist natürlich, daß eine gleichwertige Arbeitskraft nicht eingestellt wird, sodaß der Arbeitsplatz fortfällt. Ebenso wird der Einspruch dann versagen, wenn Maschinen aufgestellt werden, durch die eine Anzahl von Arbeitskräften überflüssig wird. Dem Urteil des Arb.-G. Kassel vom 12. 12. 1929[3]) ist beizutreten, wenn dort ausgeführt wird, eine Kündigung infolge Aufstellung neuer Maschinen bedeute niemals eine unbillige Härte. In gleichem Sinn hat auch das LAG. Berlin am 1. 3. 1929[4]) entschieden.

Es ist oft für die Gerichte schwierig, eine Zusammenlegung von Betrieben von der Betriebsstillegung im Sinn des § 85 BRG. abzugrenzen.[5]) Auf diese Frage kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

---

[1]) J. W. 1930, 490.
[2]) So Schla. Groß-Berlin v. 15. 3. 1921 Mbl. Schla. Bln. 1922, 43.
[3]) Arb.-R. u. Schl. 1930, 126.
[4]) Unveröffentlicht Akt.-Z. 108 S 162 29/10.
[5]) Vgl. Kleeis, Gew.-Ztg. 1927, 58 f. und Arb.-G. Pforzheim v. 19. 2. 1929, Materialblätter 1929, 195.

Man könnte nun in Fällen der Rationalisierung der Ansicht sein, daß der Arbeitgeber allein wegen des Vorteils, den er durch die Rationalisierung erreicht hätte, wenn auch nicht zur Wiedereinstellung, so doch zur Zahlung einer Abgangsentschädigung zu verurteilen sei. Wer diesen Einwand erhebt, verkennt aber, wie schon dargelegt wurde, den Sinn des Einspruchsrechtes. Flatow[1]) hat in der Diskussion zu Herschels Vortrag mit Recht ausgeführt, daß der § 84 I 4 BRG. nicht dazu geschaffen sei, um einer notwendigen Rationalisierung im Wege zu stehen. Das Gericht wird allerdings auch prüfen müssen, ob die Rationalisierung sich in diesem Tempo vollziehen durfte, auch hierin ist Flatow zuzustimmen. Wenn sich z. B. eine Rationalisierung als offenbar unnötig herausstellt, so wird das Gericht dem Einspruch des gekündigten Arbeitnehmers stattgeben müssen.

Bei der Prüfung der Frage, ob die in der Kündigung liegende Härte durch die Betriebsverhältnisse bedingt war, ist ferner auch die Eigenart des betreffenden Betriebes gebührend zu berücksichtigen. So werden z. B. gewisse Betriebe besonderes Interesse daran haben, ihre Fabrikationsgeheimnisse zu wahren. In einem Fall war in einer chemischen Fabrik ein Chemiker als ungelernter Arbeiter eingestellt, ohne daß die Firma von seinen chemischen Kenntnissen wußte. Der Chemiker hatte bei seiner Arbeit Gelegenheit, ein wichtiges Fabrikationsgeheimnis zu beobachten. Den Anstoß zur Kündigung bildete ein Gespräch, das dieser Chemiker mit Angestellten des Betriebes hatte. Er äußerte dabei, daß es doch ein leichtes sei, ein Fabrikationsgeheimnis der Firma an das Ausland zu verraten. Als die Firma von diesem Sachverhalt erfuhr, entließ sie diesen Chemiker, ohne daß sie ein besonderes Mißtrauen gegen ihn hatte. Der Schla. München-Stadt[2]) hat in diesem Fall zutreffend dahin entschieden, daß die Kündigung eine Härte darstelle, die jedoch nicht mit dem Merkmal der Unbilligkeit behaftet sei. Dem Arbeitgeber muß es freistehen, wem er seine Fabrikationsgeheimnisse anvertrauen will. Es ist selbstverständlich, daß er seine Mitarbeiter auch durch ein dieser Stellung entsprechendes Gehalt binden muß. Das ist aber bei einem Chemiker, der als ungelernter Arbeiter eingestellt wird, nicht der Fall. In diesem Fall bedingen daher die Verhältnisse des Betriebes die Kündigung.

---

[1]) Arb.-Ger. 1930, 147.
[2]) Schli.-W. 1923, 16.

Schwierig ist die Frage zu beantworten, ob die Kündigung eine unbillige Härte bedeutet, wenn sie lediglich zum Zweck der Lohnherabsetzung erfolgt. Sollen übertarifliche Löhne auf diese Weise abgebaut werden, so wird die Kündigung in der Regel zwar eine Härte, aber nicht unbillig sein. Es ist hierbei zu berücksichtigen, wie Warncke[1]) mit Recht hervorhebt, daß die Arbeitnehmer in diesem Fall die Möglichkeit haben, zu tariflichen Sätzen weiterzuarbeiten.

Eine Kündigung kann auch erfolgen, um Tariflöhne zu senken, wenn z. B. ein Tarifvertrag abgelaufen ist, aber die Arbeitsverträge noch die Bedingungen dieses Tarifvertrages enthalten. Eine solche Kündigung wird bei tatsächlicher Betriebs- und Wirtschaftsschwierigkeit in der Regel keine unbillige Härte bedeuten. In diesem Sinn haben auch der Schla. Nürnberg[2]) und das LAG. Krefeld[3]) am 26. 4. 1930 entschieden.

Ein Arbeiter wird sich im allgemeinen auch gefallen lassen müssen, wenn die Verhältnisse des Betriebes es bedingen, von einem höher bezahlten Platz an einen geringer bezahlten versetzt zu werden, nicht aber ein Angestellter zum Arbeiter gemacht zu werden.[4]) Ist allerdings die wirtschaftliche Lage eines Betriebes sehr schlecht, sodaß einem Angestellten gekündigt und ihm eine Arbeiterstelle angeboten wird, so wird ein solches Angebot der Kündigung in der Regel wohl das Merkmal der Unbilligkeit nehmen.

Ebenso wird auch eine geringfügige Änderung der Vertragsbedingungen, die der Arbeitgeber auf Grund seines Direktionsrechtes wünscht, die deshalb erfolgte Kündigung nicht als unbillig erscheinen lassen.[5]) Es muß dem Arbeitgeber innerhalb der Schranken des Direktionsrechts freistehen, den Betrieb nach seinen Ansichten und Wünschen zu führen.

§ 8.

Austauschverpflichtung unter mehreren Betrieben eines gleichen Unternehmens.

Werden Kündigungen durch die Verhältnisse des Betriebes bedingt, so muß der Arbeitgeber die zu entlassenden Arbeitnehmer nach den Grundsätzen des § 13 der Demobilmachungs-

[1]) Schli.-W. 1924, 73.
[2]) Entscheidung v. 24. 4. 1925 Arb.-R. 1926, 658.
[3]) Sammlung Vereinigung 1930, 468.
[4]) So LAG. Gleiwitz v. 23. 11. 1927 Arb.-Ger.-Entsch. Heym. 1, 305.
[5]) So Schla. Groß-Berlin v. 29. 11. 1921 Mbl. Schla. Bln. 1922, 43.

verordnung auswählen, wie in § 4 ausgeführt wurde. Bei der Auswahl sind nun in den Fällen Schwierigkeiten aufgetreten, in denen der Arbeitgeber über mehrere Betriebe (am gleichen Ort oder an anderen Orten) verfügt. Es handelt sich dabei um die Streitfrage, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, die Arbeitnehmer unter den einzelnen Betrieben auszutauschen oder ob er lediglich die Auswahl innerhalb jedes Betriebes zu treffen hat. Würde man dem Arbeitgeber die Verpflichtung auferlegen, die Verhältnisse der Arbeitnehmer bei allen Betriebsstätten zu prüfen und danach die Auswahl zu treffen, so würde das bei Großunternehmen wie der Reichsbahn oder der Reichspost praktisch überhaupt nicht durchführbar sein. Diese Betrachtungen zeigen schon, daß dem Arbeitgeber der Austausch nicht zuzumuten ist.

Zum gleichen Ergebnis kommt man dann, wenn man vom Begriff des Betriebes ausgeht und ihn gegen den Begriff des Unternehmens abgrenzt.[1]) Ein Unternehmen kann aus mehreren Betrieben bestehen. Der Zweck des Einspruchsrechtes ist es aber, den Arbeitnehmer mit „seinem Betrieb" fester verwachsen zu lassen. Diese Erwägung zeigt auch, daß für die Auswahl bei Kündigungen nur der einzelne Betrieb in Frage kommen kann. In diesem Sinn haben sich auch Potthoff[2]) und Grübel)[3] ausgesprochen. Auch in der Rechtsprechung wird überwiegend der Standpunkt vertreten, daß die Auswahl auf den einzelnen Betrieb zu beschränken ist.[4])

Als Großunternehmen sollen die Verhältnisse bei der deutschen Reichsbahn betrachtet werden, für die allerdings nicht das Betriebsrätegesetz, sondern die Verordnung über die Bildung von Betriebsvertretungen nach dem Betriebsrätegesetz vom 4. 2. 1920 im Bereich der Deutschen Reichsbahngesellschaft gilt.[5]) Es sei daher hier ein kurzer Ausblick auf die Betriebs-

[1]) So LAG. Essen v. 26. 6. 1930 zitiert nach Potthoff, Arb.-R. 1930, 545.
[2]) Arb.-R. 1930, 545.
[3]) Bl. f. Arb.-R. 1928, Nr. 6.
[4]) So LAG. Koblenz v. 12. 10. 1927, unveröffentlicht Akt.-Z. 1 a S 18/27; LAG. Erfurt v. 20. 3. 1931, unveröffentlicht Akt.-Z. 7 LAG. S 123/30; LAG. Frankfurt a. O. v. 15. 8. 1929, unveröffentlicht Akt.-Z. 2 A S 127 29/15 — A C 332/29; LAG. Berlin v. 15. 10. 1930, unveröffentl. Akt.-Z. 108 S 1600 30 zu 19 — 38 A C 431/30.
[5]) Es ist die Frage aufgetaucht, ob diese Verordnung noch Gültigkeit hat, nachdem die Reichsbahn aus der Verwaltung des Reiches ausgeschieden und zu einem selbständigen Unternehmen gemacht ist. Die Frage ist jedoch mit der herrschenden Meinung zu bejahen. (Vgl. auch RAG. in Bensh. Slg. Bd. 4 Nr. 3, wo die Verordnung als gültig behandelt wird.)

räteverordnung gestattet, die den Einspruchsgrund wegen unbilliger Härte in § 80 I 4 regelt. Der Wortlaut ist der gleiche wie im Betriebsrätegesetz, nur mit der Maßgabe, daß statt von den Verhältnissen des Betriebes von den „Verhältnissen der Reichsbahngesellschaft" gesprochen wird.

Das LAG. Koblenz hat nun am 12. 10. 1927[1]) dahin entschieden, daß der Arbeitgeber, also hier die Deutsche Reichsbahngesellschaft, zu einem Austausch zwischen mehreren Reichsbahnstellen nicht verpflichtet sei. Dieser Entscheidung kann nur zugestimmt werden, denn der einzelne Arbeitnehmer schließt seinen Arbeitsvertrag mit der Reichsbahnstelle, sodaß diese Stelle „sein Betrieb" wird. Nach § 3 der Betriebsräteverordnung gilt als Betrieb jede einzelne Reichsbahnstelle. Wie das LAG. Koblenz in der Begründung seiner Entscheidung mit Recht ausführt, kann „der Betriebsrat einer Reichsbahnstelle die für die Beschäftigung und Entlassung von Arbeitern außerhalb seiner Dienststelle in Frage kommenden Unterlagen aus eigener Wissenschaft nicht beurteilen und soll auch nach dem Zweck seiner Errichtung nur prüfen, ob die Verhältnisse seiner Dienststelle eine Entlassung eines Arbeiters erfordern". In gleichem Sinn hat auch das LAG. Berlin[2]) am 15. 10. 1930 entschieden.

Das LAG. Koblenz führt in der oben erwähnten Entscheidung weiterhin aus, daß der Arbeitgeber auch nicht berechtigt sei, diesen Austausch vorzunehmen. Grübel ist der Ansicht, daß man dem Arbeitgeber das Recht zu einem solchen Austausch zugestehen müsse. Wenn der Arbeitgeber einen solchen Austausch vornehme, führt Grübel aus, um einen älteren verdienten Arbeiter, der sonst entlassen werden müßte, an einer anderen Stelle zu halten, so habe er doch damit einen Beweis sozialer Gesinnung erbracht. Der Ansicht von Grübel kann aber aus grundsätzlichen Erwägungen nicht zugestimmt werden. Es mag sein, daß der Arbeitgeber, der den Austausch unter mehreren Betrieben vornehmen will, damit eine „sozial schätzenswerte Handlung" verfolgt. Man darf aber den Gedanken der Betriebsverbundenheit bei der Entscheidung dieser Frage nicht außer Acht lassen. Wenn ein Arbeiter entlassen wird, um einem Arbeiter aus einem anderen Betrieb Platz zu schaffen, so wird doch dem Einspruch des Entlassenen stattgegeben werden müssen, weil eben die Verhältnisse s e i n e s B e t r i e b e s die Entlassung nicht bedingt haben. Durch den Austausch, mit dem ein sozialer Zweck

[1]) Unveröffentlicht Akt.-Z. 1 a S 18/27.
[2]) Unveröffentlicht Akt.-Z. 108 S 1600 30 zu 19 — 38 A C 431/30.

verfolgt wird, würde damit ein soziales Unrecht geschaffen, weil ein betriebsfremder Arbeiter einen Arbeiter aus seinem Betrieb verdrängen würde.

Man wird daher als Ergebnis der Untersuchung zusammenfassend sagen können, daß der Arbeitgeber weder verpflichtet noch berechtigt ist, bei Kündigungen die Arbeitnehmer unter den einzelnen Betrieben seines Unternehmens auszutauschen.

§ 9.

Der Zeitpunkt für die Beurteilung der unbilligen Härte.

Zwischen dem Ausspruch der Kündigung und dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb liegt häufig eine längere Zeitspanne. Das wird einmal bei den Arbeitnehmern der Fall sein, denen durch Vertrag lange Kündigungsfristen gesichert sind und dann bei den Angestellten, denen das Gesetz über die Fristen für Kündigungen von Angestellten vom 9. Juli 1926 zugute kommt.

Nach Ausspruch einer Kündigung aus betrieblichen Gründen können sich die Betriebsverhältnisse nun derart bessern, daß im Zeitpunkt des Ausscheidens des Arbeitnehmers aus dem Betrieb kein Anlaß zur Kündigung mehr vorliegt. So wäre es z. B. in dem Fall, daß ein Arbeitgeber seinen älteren Angestellten kündigen muß, weil der wirtschaftliche Zusammenbruch des Unternehmens sonst nicht aufzuhalten ist.[1]) Das Arbeitsgericht gibt dem Einspruch der Angestellten nicht statt, weil hier die Betriebsverhältnisse die Kündigung bedingen. Ganz unerwartet erhält nun der Arbeitgeber neue Aufträge, die den Fortbestand des Betriebes sichern und überdies noch die Neueinstellung von Arbeitnehmern notwendig machen. Dieses Beispiel zeigt, wo Schwierigkeiten bei der Auslegung des § 84 I 4 BRG. auftreten können.

Es handelt sich hier um die Frage, ob der Zeitpunkt der Kündigung oder der Zeitpunkt der Entlassung für die Erwägung, ob die Verhältnisse des Betriebes die in der Kündigung liegende Härte bedingen, maßgebend ist. Diese Zweifelsfrage ist im Schrifttum und in der Rechtsprechung erst verhältnismäßig spät erkannt worden.

Nikisch[2]) hat wohl im Jahre 1927 als erster auf die Bedeutung der Entscheidung dieser Frage für die Auslegung des

[1]) Vgl. LAG. Mannheim v. 21. 12. 1929 N. Z. f. A. 1930, 648.
[2]) Schl.-W. 1927, 310 ff.

§ 84 I 4 BRG. hingewiesen. Auch heute kann man noch nicht von einer einheitlichen Meinung in dieser Frage sprechen. Von keiner Seite wird bestritten, daß Vorgänge nach der Entlassung für die Entscheidung, ob die Kündigung sich als unbillige Härte darstellt, unerheblich sind.[1]) Das Einspruchsverfahren würde niemals zum Abschluß kommen, wenn noch Umstände berücksichtigt werden müßten, die erst nach der Entlassung eingetreten sind.

Nikisch, Flatow[2]), Claus[3]) und Pracht[4]) vertreten die Auffassung, daß nicht der Zeitpunkt der Kündigung, sondern der Zeitpunkt der Entlassung für die Interessenabwägung nach § 84 I 4 BRG. maßgebend sei.[5]) Mansfeld[6]) und Richter[7]) sind gegenteiliger Ansicht, halten also den Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs für maßgebend.[8])

Aus dem Wortlaut des § 84 I 4 BRG. läßt sich eindeutig entnehmen, daß die K ü n d i g u n g sich als eine unbillige Härte darstellen muß, sodaß auch für die Interessenabwägung nur der Zeitpunkt der Kündigung in Frage kommen kann. Nikisch und die Anhänger seiner Lehre sind jedoch der Ansicht, daß der Wortlaut für die Auslegung des § 84 I 4 BRG. nicht entscheidend sein dürfe. Zur Begründung führt Nikisch aus, daß im Betriebsrätegesetz die Worte „Entlassung" und „Kündigung" wahllos gebraucht seien, sodaß der Wortlaut auch hier nicht maßgebend sein könne. Vor allem wird dabei die Tatsache erwähnt, daß in § 85 BRG. nur von „Entlassungen" die Rede ist, in denen das Einspruchsrecht nicht besteht. Mansfeld hat überzeugend nachgewiesen, daß der Gesetzgeber in § 85 BRG. mit Recht das Wort „Entlassung" gewählt hat. Nach § 85 Ziff. 1. BRG. besteht das Recht des Einspruchs nicht, wenn der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Arbeitnehmer zu entlassen. Mansfeld führt zutreffend aus, daß das Wort „Kündigung" hier nicht am Platze sei; denn es bleibt doch dem Arbeitgeber über-

---

[1]) So LAG. Kassel v. 4. 1. 1930 Arb.-R. u. Schl. 1930, 393.
[2]) Bensh. Slg. 7, 35 Anm.
[3]) Arb.-R. u. Schl. 1931, 2 ff.
[4]) Arb.-Ger. 1931, 125 ff.
[5]) So LAG. Kassel v. 4. 1. 1930 Arb.-R. u. Schl. 1930, 393; wohl auch LAG. Frankfurt/M. v. 26. 7. 1928 Jur. Rundschau. Beilage H. R. 1928, Nr. 2106.
[6]) Arb.-R. 1931, 261 ff.
[7]) N. Z. f. A. 1930, 341 ff.
[8]) So LAG. Breslau v. 20. 6. 1929 Bensh. Slg. 7, 35 und Arb.-G. Bautzen v. 3. 12. 1930 Arb.-Ger. 1931, 203.

lassen, wie er die Entlassung durchführen will, ob er zur Maßnahme der Kündigung greifen will oder im Wege gütlicher Vereinbarung den Arbeitsvertrag löst. Ebenso verhält es sich in § 85 Ziff. 2 BRG. Das Recht des Einspruchs besteht hiernach auch nicht bei Entlassungen, die durch eine Stillegung des Betriebes erforderlich werden. Die Stillegung erfordert nicht die Kündigung, sondern die Entlassung, das Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb. Nikisch kann also nicht zu Recht behaupten, daß sich der Gesetzgeber des Unterschiedes zwischen Kündigung und Entlassung nicht bewußt war.

Nikisch[1]) führt jedoch weiter zur Begründung seiner Auffassung aus, die Kündigung sei „als solche niemals eine unbillige Härte", sondern lediglich die Entlassung, die die Kündigung herbeigeführt habe. Der Einspruch richte sich also gegen die Entlassung. Auch diese Begründung ist nicht stichhaltig, sie entspricht nicht dem Wortlaut und dem Sinn des § 84 I 4 BRG. Der Einspruch kann sich doch nur gegen eine Willenserklärung des Arbeitgebers richten, das ist aber die Kündigung und nicht die Entlassung. Die Entlassung ist lediglich eine rein tatsächliche Folge des Ausspruchs der Kündigung. Wenn eine unbillige Härte vorliegt, so kann sie doch nur durch die Kündigung ausgelöst sein. Pracht geht daher wohl fehl, wenn er meint, die „Kündigungserklärung an sich vermöge dem Arbeitnehmer nicht wehe zu tun".[2])

Auch der gesetzgeberische Zweck des § 84 I 4 BRG., den Arbeitnehmer vor dem Mißbrauch des formalen Kündigungsrechts zu schützen, spricht für die Auslegung, daß die Interessenabwägung nur auf den Zeitpunkt der Kündigung abgestellt werden darf. In der Entscheidung des Arb.-G. Bautzen vom 3. 12. 1930[3]) wird zutreffend die Ansicht vertreten, daß nur unter Zugrundelegung dieser Auffassung das Arbeitsgericht darüber entscheiden könne, ob der Arbeitgeber sein Kündigungsrecht mißbraucht habe.

Auch die Fristen, die das Einspruchsverfahren vorschreibt, sprechen dafür, daß für die Interessenabwägung nach § 84 I 4 BRG. nur der Zeitpunkt der Kündigung in Frage kommen kann. Der Zweck der Fristen kann doch nur der sein, daß das Einspruchsverfahren sich sofort im Anschluß an die Kündigung

[1]) Schli.-W. 1927, 315.
[2]) Arb.-Ger. 1931, 127.
[3]) Arb.-Ger. 1931, 203.

möglichst schnell abwickeln soll.[1]) Der Arbeitgeber und auch der Arbeitnehmer sollen bald Klarheit darüber erlangen, wie sich das Arbeitsverhältnis in Zukunft gestalten wird. Beide haben an einer schnellen Entscheidung Interesse, denn dann können sie rechtzeitig ihre Maßnahmen treffen. Eine solche schnelle Abwicklung des Verfahrens ist aber nicht möglich, wenn man der von Nikisch vertretenen Ansicht folgt. Da nach seiner Ansicht für die Interessenabwägung der Zeitpunkt der Entlassung maßgebend ist, kann das Gericht unmöglich seine Entscheidung unmittelbar im Anschluß an die Kündigung treffen. Nikisch schlägt denn auch vor, daß das Gericht das Verfahren gemäß § 227 ZPO. vertagt, damit auch die Betriebsverhältnisse bei der Entlassung berücksichtigt werden können. Einer Vertagung würde aber der Sinn der Vorschriften des § 84 BRG. widersprechen, wie oben dargelegt wurde.

Auch würde die Tätigkeit der Betriebsvertretung bei der Einspruchsklage völlig lahmgelegt werden, wenn man mit Nikisch den Zeitpunkt der Entlassung für die Interessenabwägung maßgebend sein läßt. Es ist zwingendes Recht nach § 84 I 4 BRG., daß die Betriebsvertretung sich innerhalb der im Gesetz gegebenen Fristen darüber schlüssig werden muß, ob sie dem Einspruch stattgeben will oder nicht. Nikisch hat diese Folgen der von ihm vertretenen Lehre wohl nicht beachtet. Pracht übersieht die Schwierigkeiten nicht, die sich hier der von Nikisch und ihm vertretenen Lehre entgegenstellen. Er führt zutreffend aus, daß bei längeren Kündigungsfristen die Betriebsvertretung unmöglich ein Bild über die Lage der Verhältnisse nach der Entlassung innerhalb der kurzen Einspruchsfristen gewinnen könnte.[2]) Um die von ihm vertretene Lehre halten zu können, muß Pracht folgerichtig zu der Ansicht kommen, daß die Betriebsvertretung in solchen Fällen den Einspruch vorsorglich billigen muß. Das ist aber ein offenbar unhaltbares Ergebnis.

Mansfeld kämpft mit Recht gegen eine solche Verkennung der Aufgaben der Betriebsvertretung.[3]) Denn in diesem Fall wäre es der Betriebsvertretung unmöglich gemacht, ihre Aufgabe zur Mitarbeit zu erfüllen und den Einspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf seine sachliche Berechtigung zu prüfen. Die Prüfung des Einspruchs durch die Betriebsvertre-

[1]) So auch RGZ. 106, 242.
[2]) Arb.-R. 1931, 127.
[3]) Arb.-R. 1931, 273.

tung würde zu einer bloßen lästigen Formsache werden, wie Mansfeld sehr richtig ausführt.

Nikisch meint, daß sich der Standpunkt, die Kündigung sei der maßgebende Zeitpunkt für die Interessenabwägung, besonders kraß bei vorsorglichen Massenkündigungen auswirke. Mansfeld hat diese irrige Annahme überzeugend widerlegt. In Wahrheit trägt bei solchen vorsorglichen Kündigungen der Arbeitgeber das Risiko. Vorsorgliche Kündigungen werden nur dann auszusprechen sein, wenn sich die Lage des Betriebes noch nicht übersehen läßt. In solchen Fällen werden also meistens die Betriebsverhältnisse die Kündigung nicht bedingen, sodaß die Arbeitsgerichte dem Einspruch stattgeben müssen.

Alle diese Erwägungen zeigen deutlich, daß die von Nikisch und seinen Anhängern vertretene Lehre zu einem Ergebnis führt, das mit dem Sinn und Zweck des Betriebsrätegesetzes nicht in Einklang zu bringen ist. Als Ergebnis der Untersuchung kann daher festgestellt werden, daß lediglich der Zeitpunkt der Kündigung für die Interessenabwägung nach § 84 I 4 BRG. maßgebend sein darf.

Lebenslauf.

Am 19. August 1908 wurde ich als Sohn des jetzigen Reichsbahnoberrats Ernst Hausmann und seiner Ehefrau Minna, geb. Holzapfel zu Frankfurt a. Main geboren. Ich bin preußischer Staatsangehöriger und evangelisch-reformierter Konfession. Von Ostern 1915 ab besuchte ich die Vorschule der Oberrealschule in Frankfurt a. M./Sachsenhausen, anschließend von Ostern 1918 ab das Kaiser Friedrich-Gymnasium in Frankfurt a. M. Da mein Vater von Frankfurt a. M. nach Breslau versetzt wurde, war ich vom Herbst 1919 ab Schüler des St. Elisabeth-Gymnasiums zu Breslau. Infolge einer abermaligen Versetzung meines Vaters nach Kassel besuchte ich von Ostern 1923 ab das Realgymnasium I in Kassel, wo ich Ostern 1927 die Reifeprüfung bestand. Vom Sommersemester 1927 an studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Marburg und Berlin. Am 22. November 1930 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 2. Januar 1931 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Professor Dr. Schulz-Schaeffer, der mir Anleitung und wertvolle Anregungen für die vorliegende Arbeit gegeben hat.